

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 02, 2020

Nummer 2, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:31 09-01-2020

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:122 07-01-2020

werknemer/SK Noord Brandbeveiliging B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:8 07-01-2020

werknemers/Jabil Circuit Netherlands B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3423 24-12-2019

Stichting GSFS Pensionfund/de Staat der Nederlanden

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3370 24-12-2019

werknemer/werkgever

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3444 24-12-2019

werkgever/werkneemster

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3445 24-12-2019

SB Projects B.V./werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3366 24-12-2019

werkgeefster/werkneemster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4316 03-12-2019

Federatie Nederlandse Vakbeweging; werknemers/Federal Express Europe Inc.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4213 26-11-2019

werknemer/Juniper Networks International B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3750 15-10-2019

New Fashions B.V./werknemer

Rechtbank

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:85 03-01-2020

Radboud Universitair Medisch Centrum/werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:6288 31-12-2019

werkneemster/Stichting Katholiek Voortgezet Onderwijs 'De Breul'

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:4945 24-12-2019

werknemer/werkgever

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:10193 20-12-2019

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:14222 18-12-2019

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:10479 11-12-2019

Environ Systems B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:6141 27-11-2019

franchisenemers/Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor de Detailhandel

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:5230 15-11-2019

werkneemster/UniqueZorg B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:8668 07-11-2019

Twinco Capital M&O Ltd/werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:10448 31-10-2019

werknemer/Grieks Mediterraans Restaurant Mythos B.V.

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2019:3920 04-12-2019

Annotatie

Wanneer is sprake van de overgang van een deel van een onderneming in verband met de toerekening van WGA-lasten?

J.P.M. van Zijl

Annotatie

Wanneer is sprake van de overgang van een deel van een onderneming in verband met de toerekening van WGA-lasten?

J.P.M. van Zijl

RECHTSPRAAK

***Toerekening WGA-uitkering bij overgang van onderneming.
Civielrechtelijke overgang van onderneming kan toch kwalificeren als
een overgang van een deel van de onderneming in
sociaalverzekeringsrechtelijke zin.***

Werkneemster is op 1 september 2011 in dienst getreden bij het lyceum. Het lyceum maakte op dat moment deel uit van vereniging 1. Vereniging 1 is eigenrisicodrager (ERD) in het kader van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA). Ingaande 1 augustus 2014 is het lyceum overgegaan naar stichting, eveneens een organisatie van verschillende scholen voor voortgezet onderwijs. Met ingang van 18 februari 2014 meldt werkneemster zich ziek en per 19 februari 2016 brengt UWV haar in aanmerking voor een WGA-uitkering op grond van de Wet WIA. Bij besluit van 23 december 2015 heeft UWV vereniging 1 in kennis gesteld van de toerekening van deze WGA-uitkering. Vereniging 1 stelt bezwaar in tegen het toerekeningsbesluit en stelt dat de toerekening van de WGA-uitkering zou moeten worden opgelegd aan de stichting. UWV verklaart het bezwaar ongegrond en verwijst naar artikel 84 lid 5 Wet WIA. Omdat slechts een deel van de onderneming is overgegaan blijft de betalingsplicht bij vereniging 1 als ERD liggen. De rechtbank oordeelt anders. Volgens de rechtbank zijn de identiteitsbepalende elementen van het lyceum overgegaan en is er daarmee ook sprake van een overgang van de onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Met die overgang van het lyceum naar stichting kan de WGA-uitkering niet langer aan vereniging 1 worden toegerekend.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Partijen verschillen van mening over de vraag of sprake is van een situatie dat slechts een deel van de onderneming is overgegaan, als bedoeld in artikel 84, vijfde lid, van de Wet WIA. Op grond van dat artikellid geldt dat indien slechts een deel van de onderneming overgaat, het risico van betaling van de uitkering blijft berusten bij de vervreemder (vereniging 1). Zoals UWV terecht naar voren heeft gebracht, kan het sociaalverzekeringsrecht niet op één lijn worden gesteld met het arbeidsrecht en is de keuze van vereniging 1 om ERD te worden gebaseerd op de sociaalverzekeringswetgeving. Uit artikel 7:662 van het BW volgt niet de wijze van toerekening van uitkeringslasten. Daarom is voor de toerekening van een WGA-uitkering niet alleen bepalend of bij overgang van een

zelfstandige economische eenheid in civielrechtelijke zin sprake is van overgang van een onderneming, maar ook de vraag of sprake is van overgang van een deel van de onderneming in sociaalverzekeringsrechtelijke zin. Die laatste vraag moet worden beantwoord in het kader van artikel 84, vijfde lid, van de Wet WIA. Mede gelet op de wetsgeschiedenis heeft UWV terecht gesteld dat die vraag beantwoord moet worden vanuit het perspectief van de overdragende werkgever. Daarbij moet gelet op de begripsbepaling in artikel 1 van de Wet WIA onder werkgever worden verstaan de werkgever in de zin van de Wet financiering sociale verzekeringen. In het geval van de overdracht van het lyceum is vereniging 1 die werkgever. De eerste ziektedag van werkneemster is gelegen in de periode dat het lyceum onderdeel was van vereniging 1 in de zin van artikel 7:662 van het BW. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 75b, achtste lid, van de WAO, zoals dat op de datum in geding was overgenomen in artikel 84, vijfde lid van de Wet WIA, volgt dat de betaling van de WGA-uitkering in beginsel bij vereniging 1, zijnde de overdragende werkgever, diende te blijven. Dat leidt ertoe dat het begrip 'deel' in artikel 84, vijfde lid, van de Wet WIA, zoals geldend op de datum in geding, niet samenvalt met het begrip 'onderdeel' in artikel 7:662 van het BW. Met de overgang van het lyceum van vereniging 1 naar stichting is een deel van de onderneming vereniging 1, namelijk één school, overgegaan. Vereniging 1 is bij de overdracht van het lyceum voor het overige, namelijk als onderneming met nog andere scholen, blijven bestaan. Daarom is, anders dan de Raad heeft overwogen in zijn uitspraak van 11 november 2016 9 (ECLI:NL:CRVB:2016:4322), sprake van de overgang van een deel van de onderneming, als bedoeld in artikel 84, vijfde lid, van de Wet WIA, zoals geldend op de datum in geding. Hiermee is gegeven dat UWV de WGA-uitkering van werkneemster terecht aan vereniging 1 heeft toegerekend. Het hoger beroep slaagt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 04-12-2019

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2019:3920

Zaaknummer: 17/7684 WIA

Rechters: M. Greebe, E.W. Akkerman en D. Hardonk-Prins

Wetsartikelen: 84 lid 5 WIA

ANNOTATIE

Wanneer is sprake van de overgang van een deel van een onderneming in verband met de toerekening van WGA-lasten?

J.P.M. van Zijl

Korte samenvatting

De Centrale Raad van Beroep heeft in deze uitspraak geoordeeld dat de vraag of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming, bepaald moet worden aan de hand van de vraag of de hele loonsom dan wel een deel van de loonsom is overgegaan. Daarmee wijkt de Centrale Raad van Beroep af van twee eerdere uitspraken uit 2016 en 2017.

Het antwoord op deze vraag is van belang indien de WGA-uitkering vóór de overgang door de werkgever als eigenrisicodrager moest worden betaald, omdat dan van het antwoord op die vraag afhankelijk is of de werkgever die de onderneming overdraagt die uitkering na de overgang moet blijven betalen dan wel of de werkgever die de onderneming verkrijgt de uitkering voortaan moet gaan betalen.

1 Financiering van WGA-uitkeringen

De lasten van WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers worden gedragen door hun (ex-)werkgevers. De manier waarop die uitkeringen door werkgevers worden gedragen verschilt echter al naar gelang of

de werkgever eigenrisicodrager is of niet;
de werkgever een grote, middelgrote of kleine werkgever is.

Werkgevers die eigenrisicodrager zijn, dragen het risico van de betaling van de WGA-uitkering zelf. De werkgever kan de uitkering daarbij zelf betalen maar doorgaans betaalt het

UWV de uitkering en verhaalt het UWV de betaalde uitkering op de eigenrisicodragers.

De WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van werkgevers die geen eigenrisicodragers zijn, worden door het UWV betaald. Deze betaling leidt dan echter twee kalenderjaren later tot een verhoogde vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas die werkgevers aan de Belastingdienst betalen. Bij kleine werkgevers vindt de toerekening van de WGA-uitkering van (ex-)werknemers aan de werkgever niet op individuele basis plaats, maar per sector. Kleine werkgevers betalen daarom een sectorpremie waaruit de WGA-uitkeringen van de ex-werknemers worden bekostigd. Bij grote werkgevers is de hoogte van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas geheel afhankelijk van het bedrag dat twee kalenderjaren eerder aan (ex-)werknemers is betaald. Voor middelgrote werkgevers wordt de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, afhankelijk van de hoogte van de loonsom, vastgesteld op een gewogen gemiddelde van de gedifferentieerde premie die op basis van de uitkeringen van (ex-)werknemers zou gelden voor grote werkgevers en de sectorpremie die zou gelden voor kleine werkgevers.

In alle gevallen vindt de toerekening van de WGA-uitkering van een (ex-)werknemer aan een bepaalde werkgever plaats aan de hand van de eerste dag van de wachttijd voor de WIA (voor werkgevers die eigenrisicodragers zijn) c.q. de eerste dag van arbeidsongeschiktheid (voor werkgevers die geen eigenrisicodragers zijn). Aangenomen mag worden dat met deze verschillende wijze van formuleren steeds dezelfde dag is bedoeld: de werkgever bij wie de werknemer op de eerste dag van de wachttijd c.q. op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid in dienst is, is de werkgever voor wiens rekening de WGA-uitkering gedurende de eerstkomende tien jaren komt.

2 Gevolgen van overgang van onderneming

Deze wijze van toerekening van de lasten van WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers (hierna: 'WGA-lasten') aan werkgevers vraagt om een regeling van de gevolgen van de overgang van een onderneming voor de verplichtingen van de (ex-)werkgever om de lasten van de WGA-uitkeringen te dragen. Immers: de werkgever die als eigenrisicodragers de WGA-uitkering zou moeten betalen kan na een overgang van onderneming ophouden te bestaan. En nadat de werkgever de onderneming heeft overgedragen is er geen loonsom meer waarover de verhoogd vastgestelde gedifferentieerde premie Werkhervattingskas kan worden berekend. Voorkomen moet worden dat werkgevers lasten die zij individueel zouden moeten dragen, afwentelen op het collectief.

De vraag wie na de overgang van een onderneming de WGA-lasten draagt van de (ex-

)werknemer die werkzaam was in de overgedragen onderneming, is op grond van de getroffen wettelijke regeling afhankelijk van:

de vraag of de werkgever die de onderneming overdraagt eigenrisicodragers is of niet;
de vraag of de werkgever die de onderneming verkrijgt eigenrisicodragers is of niet;
de vraag of een hele onderneming wordt overgedragen dan wel een deel van de onderneming.

Schematisch kan de wettelijke regeling als volgt worden weergegeven

Bij de overgang van een gehele onderneming:

1. De overdrager is geen eigenrisicodragers:

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 2.15 lid 1 Besluit Wfsv: De gedifferentieerde premie van de verkrijger wordt hoger vastgesteld.

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 3 onder a WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 3 onder a WIA): De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

2. De overdrager is wel eigenrisicodragers.

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 82 lid 3 onder b WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 3 onder b WIA): De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 3 onder b WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 3 onder b WIA): De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

Bij de overgang van een deel van een onderneming:

1. De overdrager is geen eigenrisicodragers:

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 2.15 lid 2 Besluit Wfsv: De gedifferentieerde premie van de overdrager en de verkrijger wordt verhoogd vastgesteld (naar

evenredigheid van loonsom).

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 4 WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 4 WIA): De gedifferentieerde premie van de overdrager wordt verhoogd vastgesteld waarbij slechts een deel van de WGA-uitkering (naar evenredigheid van het niet overgegangene deel van de loonsom) in aanmerking wordt genomen. De verkrijger betaalt een deel van de WGA-uitkering (naar evenredigheid van het wel overgegangene deel van de loonsom). (Tot 1 januari 2017: Het UWV verhaalt een deel van de WGA-uitkering op de verkrijger (naar evenredigheid van het wel overgegangene deel van de loonsom).)

2. De overdrager is wel eigenrisicodragers.

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 82 lid 5 WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 5 WIA): De overdrager betaalt de WGA-uitkering.

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 5 WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 5 onder b WIA): De overdrager betaalt de WGA-uitkering.

Voor de vraag wanneer sprake is van de overgang van een onderneming knopen de in het hierboven weergegeven schema genoemde wettelijke bepalingen aan bij de bepaling van artikel 7:662 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In die bepaling is gedefinieerd wanneer sprake is van de overgang van een onderneming, die op grond van het bepaalde in artikel 7:663 BW tot gevolg heeft dat de rechten en verplichtingen van werknemers die op het tijdstip van die overgang voor de werkgever voortvloeiden uit arbeidsovereenkomsten met in die onderneming werkzame werknemers, van rechtswege overgaan op de verkrijger van die onderneming. Een verschil met de arbeidsrechtelijke bepaling van artikel 7:662 BW is daarbij dat de gevolgen voor de toerekening van de WGA-lasten ook optreden als de overgang van onderneming in faillissement plaatsvindt.

3 Overgang van een deel van een onderneming

Het schema laat zien dat er, voor het geval de overdrager eigenrisicodragers is, een belangrijk verschil is tussen de rechtsgevolgen van de overgang van een hele onderneming en de rechtsgevolgen van de overgang van een deel van een onderneming. Immers: bij de overgang van een hele onderneming moet de verkrijger de uitkering voortaan gaan betalen en bij de overgang van een deel van een onderneming moet de overdrager blijven betalen. Dat roept de vraag op wanneer sprake is van de overgang van een deel van een onderneming.

De Belastingdienst (als het gaat om de vaststelling van de hoogte van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas) en het UWV (als het gaat om de betaling van een WGA-uitkering

die door een eigenrisicodrager moest worden betaald) stellen zich in de praktijk op het standpunt dat sprake is van de overgang van een hele onderneming als de hele loonsom is overgegaan (en de overdrager na de overgang dus geen loonsom meer heeft) en dat sprake is van de overgang van een deel van een onderneming als niet de hele loonsom is overgegaan (en de overdrager na de overgang dus nog wel een (kleinere) loonsom heeft). De belastingdienst en het UWV koppelen die loonsommen daarbij in de praktijk bovendien steeds aan 'loonheffingennummers'.

De Centrale Raad van Beroep had tot voor kort tweemaal moeten oordelen over de vraag of sprake was van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming.

4 CRvB 11 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4322

In deze uitspraak ging het om de overgang van een vestiging van een uitzendbureau. Deze vestiging werd samen met zes andere vestigingen geëxploiteerd door de overdrager, die daarbij optrad als franchisenemer van een derde. Na de overgang werd de exploitatie van deze vestiging op grond van een overeenkomst overgenomen door de verkrijger, die deze eveneens als franchisenemer voor de derde ging exploiteren. De exploitatie van de andere zes vestigingen werd daarbij onverminderd door de overdrager voortgezet. Bij één van de andere zes vestigingen was een werknemer ziek uitgevallen, waarna aan die werknemer een WGA-uitkering was toegekend. Bijna twee jaar na de overgang besluit het UWV dat de verkrijger een deel van de WGA-uitkering, evenredig aan het overgenomen deel van de loonsom, moet betalen. Hieruit kan worden afgeleid dat de overdrager eigenrisicodrager moet zijn geweest en de verkrijger niet en dat het UWV uitging van de overgang van een deel van de onderneming.

De verkrijger stelt zich op het standpunt dat de overgenomen vestiging een hele onderneming (want een zelfstandige onderneming) is en dat de lasten van de WGA-uitkering van de zieke werknemer moeten worden gedragen door de vestiging waar de zieke werknemer in dienst was, als zijnde een andere zelfstandige, hele onderneming.

De Centrale Raad van Beroep verwerpt in zijn uitspraak het verweer van het UWV op grond waarvan het UWV van mening was dat de overgedragen vestiging niet als een zelfstandige onderneming te beschouwen was. In zijn verweer beriep het UWV zich op informatie van de Belastingdienst volgens welke de overdrager een zelfstandige rechtspersoon en inhoudingsplichtige voor de loonheffingen was met zeven vestigingen.

De Centrale Raad van Beroep refereert eraan dat het begrip overgang van onderneming in artikel 84 lid 3 en 4 WIA (tekst tot 1 januari 2017) is ontleend aan artikel 7:662 BW, in welk artikel is bepaald dat onder overgang wordt beschouwd: 'de overgang van een geheel van

georganiseerde middelen, dat bestemd is tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, welk geheel bij die overgang zijn identiteit als een economische eenheid behoudt'. De rechtbank had volgens de Centrale Raad van Beroep terecht geoordeeld dat de overgang van de vestiging als de overgang van een zelfstandige economische eenheid moet worden aangemerkt, omdat de bedrijfsactiviteiten van de vestiging economisch voldoende bepaalbaar en identificeerbaar waren. Er was sprake van de vervreemding van een lopende zelfstandige onderneming, doordat dezelfde bedrijfsactiviteiten door een nieuwe ondernemer werden voortgezet, terwijl de werknemers met de WGA-uitkering niet in die economische eenheid werkzaam was.

Uitdrukkelijk overweegt de Centrale Raad van Beroep dat niet van doorslaggevend belang is dat de diverse vestigingen door één rechtspersoon werden geëxploiteerd en dat die rechtspersoon tot aan de overgang de inhoudingsplichtige was voor de loonheffing van de vestiging. Niet de vraag op welke rechtspersoon bepaalde verplichtingen van fiscale of andere aard rusten, is volgens de Centrale Raad van Beroep van belang, maar de vraag welke economische eenheid de maatschappelijke bron van arbeidsverhoudingen is.

5 Centrale Raad van Beroep 21 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1608

In deze uitspraak ging het om een supermarktbedrijf dat eigenrisicodragers was en dat een deel van zijn supermarkten, dat onder een bepaalde handelsnaam werd uitgeoefend, had verkocht. Het UWV had zich op het standpunt gesteld dat sprake was van overgang van een deel van de onderneming. Het supermarktbedrijf stelde echter dat de verkochte supermarktketen een zelfstandige onderneming was die in zijn geheel was overgedragen. Het supermarktbedrijf wees er daartoe op dat de supermarkten een eigen management en een eigen inkoop- en marketingafdeling hadden en dat de zelfstandige exploitatie van die supermarkten na de verkoop was voortgezet, waarbij zij hun eigen identiteit hadden behouden.

Voor de vraag of sprake is van de overgang van een gehele of gedeeltelijke onderneming verwijst de Centrale Raad van Beroep naar het begrip overgang van onderneming in artikel 7:662 BW en de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie (ten aanzien van de Europese Richtlijn betreffende het behoud van rechten door werknemers bij overgang van ondernemingen) en de Hoge Raad in hun jurisprudentie geven aan het begrip 'overgang van onderneming'. De Centrale Raad van Beroep wijst met name naar het arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak Spijkers/Benedik. Volgens dat arrest is voor de vraag of sprake is van de overgang van een onderneming van belang of de identiteit van de onderneming is behouden. Dat is het geval als de exploitatie in feite wordt voortgezet of na een korte periode van oponthoud wordt hervat. Daarbij dient te worden gelet op kenmerkende feiten en omstandigheden zoals:

de aard van de onderneming;
al dan niet overgedragen bedrijfsmiddelen;
waarde van de immateriële activa;
al dan niet overdragen van de klantenkring;
het overnemen van nagenoeg al het personeel;
de mate waarin bedrijfsactiviteiten voor en na de overdracht gelijk zijn;
de duur van de eventuele onderbreking van de activiteiten.

Deze aspecten moeten niet afzonderlijk worden beoordeeld. Het globale totaalbeeld is beslissend. De Centrale Raad van Beroep verwijst daarbij naar een uitspraak die hij reeds onder de WAO had gewezen.

Op grond van deze inhoudelijke criteria moet het UWV volgens de Centrale Raad van Beroep beoordelen of sprake is van een gehele of gedeeltelijke overgang van onderneming. De uit de Algemene wet bestuursrecht voortvloeiende motiveringsverplichting brengt volgens de Centrale Raad van Beroep met zich dat het UWV zorgvuldig dient te onderzoeken onder welke omstandigheden de verkoop van de winkels heeft plaatsgevonden en dat het UWV op basis hiervan tot een inzichtelijk en deugdelijk gemotiveerd besluit dient te komen. Omdat een dergelijk onderzoek niet heeft plaatsgevonden wordt de beslissing op het bezwaarschrift van het UWV vernietigd.

Het UWV heeft volgens de Centrale Raad van Beroep zijn oordeel ten onrechte gebaseerd op een interpretatie van gegevens die zijn verkregen van de Belastingdienst. De Centrale Raad van Beroep verwijst naar zijn uitspraak van 11 november 2016. De omstandigheid dat de supermarkten over één loonadministratie beschikten is volgens de Centrale Raad van Beroep slechts één van de feitelijke omstandigheden die door het UWV moeten worden vastgesteld en getoetst.

De Centrale Raad van Beroep draagt het UWV op in zijn nieuwe beslissing op het bezwaarschrift tevens aan te geven of de overnemende onderneming eigenrisicodragers is of niet, aangezien de vraag welke onderneming het risico van betaling van de WGA-uitkeringen draagt mede daarvan afhankelijk is.

Ten slotte overweegt de Centrale Raad van Beroep uitdrukkelijk dat het belastende karakter van het toerekeningsbesluit met zich brengt dat het UWV aannemelijk moet maken dat aan de

inhoudelijke criteria is voldaan. Als het UWV daarbij gebruikmaakt van gegevens van de Belastingdienst moet het UWV die gegevens zodanig presenteren dat de werkgever en de rechter de juistheid daarvan kunnen toetsen. Daarmee corrigeert de Centrale Raad van Beroep het standpunt van de rechtbank die het aan de werkgever wilde overlaten om informatie bij de Belastingdienst op te vragen.

6 Centrale Raad van Beroep 4 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3920

In de uitspraak van 4 december 2019 ging het om een onderwijsinstelling (een vereniging) die eigenrisicodrager was en die een school had overgedragen aan een andere onderwijsinstelling (een stichting). Toen aan een werknemster van deze school een WGA-uitkering werd toegekend besloot het UWV dat de vereniging de WGA-uitkering als eigenrisicodrager moest betalen. In bezwaar motiveerde het UWV dat door te stellen dat sprake was van de overgang van een deel van de onderneming van de vereniging. Als de vereniging beroep bij de rechtbank instelt, laat het UWV op grond van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016 de Belastingdienst nader onderzoek verrichten. Ook daarna handhaaft het UWV echter zijn standpunt dat sprake is van de overgang van een deel van de onderneming van de vereniging. De rechtbank past de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016 toe en oordeelt op grond van de feiten en omstandigheden van het geval dat sprake was van de overgang van een zelfstandige onderneming. Bij een onderneming in een arbeidsintensieve sector zoals het onderwijs wordt de identiteit van de onderneming vooral bepaald door het personeel en daarnaast door het schoolgebouw en het soort onderwijs. Al deze elementen zijn bij de overgang behouden gebleven, zodat volgens de rechtbank sprake is van de overgang van een onderneming.

Het UWV stelt tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep in bij de Centrale Raad van Beroep en stelt dan dat de rechtbank weliswaar terecht heeft geoordeeld dat sprake is van de overgang van onderneming maar dat de vraag of sprake was van de gehele dan wel gedeeltelijke overgang van onderneming niet moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of datgene wat wordt overgedragen een zelfstandige eenheid is. Daarbij stelt het UWV uitdrukkelijk de juistheid van de uitspraak van 11 november 2016 ter discussie. Volgens het UWV moet de vraag of sprake is van de overgang van een onderneming dan wel van een deel van een onderneming niet worden beantwoord aan de hand van het arbeidsrecht, omdat het arbeidsrecht geen onderscheid kent tussen de gehele en gedeeltelijke overgang van een onderneming. Volgens het UWV is een beantwoording op grond van eigen, sociaalverzekeringsrechtelijke criteria aan de orde, waarbij vanuit de overdragende werkgever bezien zou moeten worden of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van de onderneming. Omdat de vereniging na de overgang als werkgever is blijven bestaan, zou sprake zijn van de overgang van een deel van de onderneming.

Naar aanleiding van het hoger beroep van het UWV onderzoekt de Centrale Raad van Beroep allereerst de wetsgeschiedenis. Die gaat terug tot de Wet Pemba, omdat bij die wet voor het eerst (per 1 januari 1998) premiedifferentiatie en eigenrisicodragen werd ingevoerd, toen nog in de WAO.

Uit de memorie van toelichting haalt de Centrale Raad van Beroep het uitgangspunt van de wetgever aan dat het moment van het ontstaan van ziekte bepalend moet zijn voor de vraag of de betaling van de WAO-uitkering voor rekening van de eigenrisicodragende werkgever moet komen. Als de werknemer op dat moment in dienst was van de werkgever moet de eigenrisicodragende werkgever de WAO-uitkering (blijven) betalen. Daardoor moet voorkomen worden dat de uitkering alsnog voor rekening van de collectief gefinancierde regeling komt, waarvoor de werkgever als eigenrisicodrager geen premie heeft betaald.

Uit de Nota naar aanleiding van het verslag wordt dan nog eens aangehaald dat afwenteling van de lasten van de uitkering op het publieke stelsel moet worden voorkomen door de werkgever zelf verantwoordelijk te laten zijn voor de arbeidsongeschiktheidslasten die zijn gegenereerd toen de werkgever eigenrisicodrager was.

Uit een nota van wijziging bij de Aanpassingswet nieuwe en gewijzigde arbeidsongeschiktheidsregelingen (die de invoering van de Wet Pemba regelde) citeert de Centrale Raad van Beroep dan nog dat bij een gedeeltelijke overname van de onderneming van een eigenrisicodragende werkgever de verplichting tot het betalen van de uitkeringen moet blijven berusten bij deze werkgever en de daarbij gedane overweging dat bij de overgang van de onderneming kan worden afgesproken dat de overnemende werkgever een deel van de lasten van de overdragende werkgever voor zijn rekening neemt.

Met betrekking tot de uitspraak van 11 november 2016 stelt de Centrale Raad van Beroep dat daarin bepaald is dat voor de vraag of sprake is van een zelfstandige, economische eenheid, bepalend is of de bedrijfsactiviteiten economisch voldoende bepaalbaar en identificeerbaar zijn. Als vraag die nog moet worden beantwoord formuleert de Centrale Raad van Beroep de vraag of met de (tussen partijen vaststaande) vaststelling dat sprake is van de overgang van een economische eenheid die bij de overgang zijn identiteit behoudt, ook vaststaat dat geen sprake is van de overgang van een deel van de onderneming in de zin van artikel 84 lid 5 WIA (tekst tot 1 januari 2017).

Ten aanzien van die vraag stelt de Centrale Raad van Beroep dat het socialeverzekeringsrecht niet op één lijn gesteld kan worden met het arbeidsrecht en dat de keuze van de werkgever om eigenrisicodrager te worden gebaseerd is op de socialeverzekeringswetgeving. Daarom is volgens de Centrale Raad van Beroep niet alleen bepalend of, in het geval waarin een in

civielrechtelijke zin zelfstandige economische eenheid overgaat, sprake is van de overgang van een onderneming, maar ook of sprake is van de overgang van een deel van de onderneming in sociaalverzekeringsrechtelijke zin. Met het UWV is de Centrale Raad van Beroep van mening dat die laatste vraag moet worden beantwoord vanuit het perspectief van de overdragende werkgever. De Centrale Raad van Beroep beroept zich voor dat standpunt op de wetsgeschiedenis en op de definitie van het begrip werkgever in artikel 1 WIA, waar wordt verwezen naar de werkgever in de zin van de Wet financiering sociale verzekeringen. Omdat de overdragende werkgever na de overgang van onderneming als werkgever is blijven bestaan, is volgens de Centrale Raad van Beroep sprake van de overgang van een deel van de onderneming. Daarbij wordt aangegeven dat daarmee wordt afgeweken van de eerdere uitspraak van 11 november 2016.

Voor de onderwijsinstelling (de vereniging) die een school had overgedragen aan de andere onderwijsinstelling (de stichting) betekent dat, dat het UWV terecht heeft besloten dat de vereniging de WGA-uitkering van de (ex-)werknemster moest blijven betalen. Immers: als sprake is van de overgang van een deel van een onderneming blijft de vereniging als overdragende werkgever het risico van betaling van de WGA-uitkering dragen.

7 Commentaar

Belastingrechter

De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep heeft invloed op alle gevallen van overgang van onderneming waarbij ofwel de overdragende werkgever ofwel de verkrijgende werkgever eigenrisicodragers zijn. Indien beide werkgevers dat niet zijn, moet de belastingrechter beslissen of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van de onderneming, met als gevolg dat bij de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overgedragen onderneming volledig aan de verkrijgende werkgever worden toegerekend (maar dan alleen als ze werkzaam waren in datgene wat dan als de overgedragen onderneming wordt beschouwd) dan wel of een deel (evenredig aan het overgenomen deel van de loonsom) van alle WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overdragende werkgever aan de verkrijgende werkgever worden toegerekend, waarbij het andere deel dan onverminderd aan de overdragende werkgever wordt toegerekend.

Om te voorkomen dat een situatie zou ontstaan waarbij WGA-lasten bij de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas aan geen enkele werkgever zouden worden toegerekend dan wel waarbij WGA-lasten tegelijkertijd aan twee werkgevers zouden worden toegerekend, zou de belastingrechter de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep moeten

overnemen. Dergelijke situaties zouden kunnen ontstaan als in één en hetzelfde geval de belastingrechter (in het kader van de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, ten aanzien van een werkgever die geen eigenrisicodrager is) en de socialeverzekeringsrechter (in het kader van de vraag wie (een deel van) een WGA-uitkering moet betalen, ten aanzien van een werkgever die eigenrisicodrager is of die (een deel van) een onderneming heeft overgenomen van een eigenrisicodrager) verschillend zouden oordelen over de vraag of een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming is overgegaan.

Omgaan van de Centrale Raad van Beroep

Wie de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep leest met kennis van de twee eerdere uitspraken uit 2016 en 2017, blijft lang in de veronderstelling dat de Centrale Raad van Beroep probeert om zijn nieuwe uitspraak in lijn te brengen met zijn eerdere twee uitspraken. Het onderscheid dat de Centrale Raad van Beroep maakt tussen de arbeidsrechtelijk te beoordelen vraag of sprake is van de overgang van een onderneming en de sociaalverzekeringsrechtelijk te beoordelen vraag of bij de overgang een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming is overgegaan, doet gekunsteld aan. Pas aan het einde van zijn uitspraak, in rechtsoverweging 4.9, geeft de Centrale Raad van Beroep met de woorden ‘anders dan de Raad heeft overwogen in zijn onder 2.2 genoemde uitspraak van 11 november 2016’ aan dat hij op zijn eerdere twee uitspraken terugkomt.

Niet-overtuigende motivering

De motivering die de Centrale Raad van Beroep daarbij geeft voor dit gewijzigde standpunt kan niet overtuigen.

De tekst van de wet verwijst slechts naar de bepaling van artikel 7:662 BW. Enige bedoeling van de wetgever voor een eigen, sociaalverzekeringsrechtelijke uitleg van het begrip ‘overgang van een deel van een onderneming’ blijkt daaruit niet. In lid 2 van het genoemde artikel is bovendien bepaald dat een onderdeel van een onderneming voor de toepassing van de daarna volgende arbeidsrechtelijke bepalingen als een onderneming beschouwd moet worden, zodat duidelijk is dat arbeidsrechtelijk ook de mogelijkheid van een gedeeltelijke overgang van een onderneming door de wetgever onder ogen is gezien.

Het beroep op de wetsgeschiedenis overtuigt niet omdat daaruit niet volgt dat ten aanzien van het begrip ‘overgang van een deel van een onderneming’ een eigen sociaalverzekeringsrechtelijke benadering dient plaats te vinden in plaats van een arbeidsrechtelijke benadering. De eerste twee (hierboven genoemde) passages uit de wetsgeschiedenis wijzen er immers slechts op dat de wetgever heeft willen voorkomen dat werkgevers die eigenrisicodrager zijn de lasten van de uitkeringen die zij zelf zouden moeten

betalen afwentelen op het publieke stelsel, terwijl zij niet hebben bijgedragen aan het publieke stelsel. Maar van afwenteling op het publieke stelsel is geen sprake als de verkrijgende werkgever verplicht is om de WGA-uitkeringen van de overdragende werkgever te gaan betalen. En waar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de overdragende en verkrijgende werkgever afspraken kunnen maken over de vraag wie de uitkeringslasten uiteindelijk draagt, geldt dat natuurlijk ook indien de verkrijgende werkgever verplicht wordt de WGA-uitkeringen te gaan betalen omdat sprake is van de overgang van een hele onderneming. De derde (hierboven genoemde) passage geeft slechts aan dat de wetgever gewild heeft dat bij de overgang van een deel van een onderneming de overdragende eigenrisicodragende werkgever de WGA-uitkeringen moet blijven betalen (wat al duidelijk uit de tekst van de wet blijkt), niet waarom dat het geval is.

De verwijzing ten slotte naar de definitie van het begrip ‘werkgever’ in artikel 1 WIA, waaronder de werkgever in de zin van de Wet financiering sociale verzekeringen verstaan zou moeten worden, is onduidelijk. In artikel 1 WIA is het begrip ‘werkgever’ niet gedefinieerd. Wel is de ‘eigenrisicodragende’ gedefinieerd als (kort samengevat) ‘de werkgever aan wie toestemming is verleend om eigenrisicodragende voor WGA-uitkeringen te zijn’. In artikel 11 WIA is wel een definitie van het begrip ‘werkgever’ opgenomen, waarbij wordt verwezen naar de Ziektewet. Via de definitie van artikel 9 Ziektewet komen wij dan uit bij ‘de natuurlijke persoon of het lichaam tot wie een natuurlijke persoon in dienstbetrekking staat’. Volgens artikel 1 onder c van de Ziektewet zijn lichamen: ‘rechtspersonen, maat- en vennootschappen, samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid die met verenigingen maatschappelijk gelijk kunnen worden gesteld, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens’. Bij de Wet financiering sociale verzekeringen komt men alleen uit via de definitie van de eigenrisicodragende, omdat daarbij wordt verwezen naar de procedure voor de aanvraag van het eigenrisicodragen in artikel 40 van die wet. Verder verwijst de definitie van ‘werkgever’ in artikel 1 onder q van de Wet sociale verzekeringen juist naar de definitie in de werknemersverzekeringswetten. Als uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep al afgeleid zou moeten worden dat aan de definitie van het begrip ‘werkgever’ een argument te ontleen zou zijn voor de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, dan is onduidelijk waarom dat het geval is.

Verlaging uitvoeringslasten UWV als motief?

Het lijkt erop dat voor de beslissing van de Centrale Raad van Beroep een andere, niet in de uitspraak genoemde reden bestaat, namelijk om de Belastingdienst en het UWV te verlossen van de uitvoeringslasten die verbonden waren aan de eerdere twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep. Daarbij moest immers een vaststelling plaatsvinden van alle feiten en omstandigheden van het geval, om te bepalen of een overgedragen deel van een onderneming

al dan niet zelfstandige onderneming was. Van die uitvoeringslast zijn de Belastingdienst en het UWV nu bevrijd. Dat het UWV groot belang hechtte aan een andersluidende uitspraak van de Centrale Raad van Beroep moge wel blijken uit het feit dat twee eerdere recente uitspraken van de Centrale Raad van Beroep ter discussie werden gesteld en dat het UWV met maar liefst drie gemachtigden ter zitting verscheen.

Versplintering

Als beperking van de uitvoeringslasten van het UWV voor de Centrale Raad van Beroep inderdaad een belangrijke reden is geweest om terug te komen op zijn eerdere twee uitspraken, dient daarbij bedacht te worden dat deze beslissing voor werkgevers leidt tot een zeer bedenkelijke versplintering van WGA-lasten.

Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Stel dat een schoonmaakbedrijf de opdracht verliest voor de schoonmaak van een ziekenhuis. Een ander schoonmaakbedrijf verkrijgt vervolgens de opdracht. Gelet op verplichtingen die voortvloeien uit de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf is het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt, verplicht om een deel van het personeel van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest, over te nemen. Omdat het gaat om een bedrijf in de arbeidsintensieve sector, heeft de overname van een deel van het personeel meteen ook tot gevolg dat sprake is van de overgang van een onderneming. Als de overgang van de schoonmaakopdracht aldus betekent dat 5% van de loonsom van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest overgaat naar het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt, is het gevolg dat voortaan 5% van alle WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt (in plaats van dat de WGA-uitkeringen van alleen de (ex-)werknemers die in het overgedragen deel van de onderneming werkzaam waren volledig worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt).

Om de lasten van de WGA-uitkering te beperken zou het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt kosten moeten maken. Zo zou het schoonmaakbedrijf kunnen proberen te achterhalen of er een verzekeraar is die het risico van betaling van de WGA-uitkering heeft verzekerd en die mogelijk die WGA-uitkering zou blijven betalen (zie hierna). Het schoonmaakbedrijf zou ook re-integratie-inspanningen kunnen doen om te bewerkstelligen dat de mate van arbeidsongeschiktheid van (ex-)werknemers daalt tot minder dan 35%. En het schoonmaakbedrijf zou als belanghebbende bij de WGA-uitkering bij het UWV herbeoordelingen kunnen aanvragen om het UWV te dwingen vast te stellen of nog steeds sprake is van recht op een WGA-uitkering, dan wel of intrekking van de WIA-uitkering of toekenning van een IVA-uitkering aan de orde is. Tegen een beslissing van het UWV omtrent het recht op WGA-uitkering zou het schoonmaakbedrijf misschien bezwaar willen maken, en

later beroep en hoger beroep willen instellen. Vanwege het feit dat het belang van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt maar 5% is van het totale belang, zullen de kosten al snel niet meer opwegen tegen het belang, zodat het schoonmaakbedrijf al snel van het treffen van deze maatregelen zal willen afzien. Dit alles is moeilijk in overeenstemming te brengen met het uitgangspunt van de wetgever, die werkgevers wil prikkelen om (ex-)werknemers met een WGA-uitkering te re-integreren.

Bedacht dient vervolgens te worden dat een verdere versplintering van de WGA-lasten plaatsvindt als de opdracht voor de schoonmaak van het ziekenhuis enkele jaren later opnieuw naar een ander schoonmaakbedrijf kan gaan. Als het verlies van die opdracht opnieuw zou gaan om 5% van de loonsom van het bedrijf dat dan de opdracht verliest, zou nog maar $5\% \times 5\% = 0,25\%$ van de oorspronkelijke WGA-lasten worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht dan weer verkrijgt terwijl 4,75% van de WGA-lasten zou achterblijven bij het schoonmaakbedrijf dat de opdracht eerst verkreeg en later weer verloor.

Als een overgang vaker als de overgang van een hele onderneming zou worden gezien, zou versplintering van WGA-lasten vaker achterwege blijven. De vraag is of de Centrale Raad van Beroep zich heeft gerealiseerd dat het vaker optreden van versplintering van WGA-lasten een gevolg van zijn uitspraak zou zijn.

8 Gevolgen voor de praktijk

Waar aldus de nodige kritiek mogelijk is op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, zijn de gevolgen van de uitspraak duidelijk.

De vraag of de overdragende eigenrisicodragers de WGA-uitkeringen moet blijven betalen omdat sprake is van de overgang van een deel van de onderneming, dan wel of de verkrijgende werkgever de WGA-uitkeringen moet gaan betalen omdat sprake is van de overgang van een hele onderneming, hangt af van de vraag of een deel van de loonsom van de overdragende eigenrisicodrager is overgegaan naar de verkrijgende werkgever dan wel of de hele loonsom is overgegaan. Dat is in afwijking van de eerdere uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en conform de handelwijze die de Belastingdienst en het UWV desondanks in de praktijk hanteerden.

Als de verplichting tot betaling van WGA-uitkeringen bij de overdrager blijft, is daarvan een belangrijk voordeel dat deze werkgever vaak verzekerd is voor het risico van betaling van deze uitkeringen. Niet-overheidswerkgevers behoeven een garantie van een bank of verzekeraar om eigenrisicodragers te kunnen worden (art. 40 lid 2 en 3 Wet financiering sociale verzekeringen). In de meeste gevallen krijgen zij deze garantie alleen als ze het risico van betaling van de WGA-uitkeringen verzekeren. Maar ook als de verplichting tot betaling van de

WGA-uitkering op grond van de wet niet langer bij de verzekerde overdragende werkgever ligt, maar bij de niet verzekerde overnemende werkgever, blijken verzekeraars op verzoek vaak uitkering te blijven verstrekken, omdat zij dit risico zien als een verzekerd 'uitlooprisico'. Het loont dus voor de verkrijgende werkgever in voorkomend geval de moeite te achterhalen of de overdragende werkgever het risico van betaling van de WGA-uitkering verzekerd had, en zo ja, bij welke verzekeraar, om vervolgens deze verzekeraar aan te spreken tot betaling.

Voor de verkrijgende werkgever is het vooral van belang dat voorafgaand aan de overgang aandacht wordt geschonken aan de gevolgen die die overgang heeft voor Ziektewet- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers. Ter zake zouden door de verkrijger garanties en vrijwaringen kunnen worden bedongen. Deze zouden niet alleen dienen te zien op de verplichting om WGA-uitkeringen zelf te betalen, maar ook op de verplichting om als gevolg van deze WGA-uitkeringen een hogere gedifferentieerde premie Werkhervattingskas te betalen. De overnemer zou er daarbij alert op moeten zijn dat zich soms ook een samenloop van deze beide varianten kan voordoen. Indien de overdrager eigenrisicodrager was, kan bovendien de verplichting om WGA-uitkeringen zelf te moeten gaan betalen worden voorkomen door ervoor te zorgen dat de overdrager nog (mogelijk voor een klein deel en mogelijk tijdelijk) werkgever blijft, zodat niet de hele loonsom overgaat op de verkrijger.

Ook voor de overdragende werkgever zou aandacht voor de gevolgen die een overgang heeft voor de financiering van Ziektewet- en WGA-uitkeringen kunnen lonen. Deze werkgever zou bijvoorbeeld kunnen zorgen dat een entiteit die zich leent voor afzonderlijke overgang is ondergebracht in een afzonderlijke rechtspersoon, waardoor de overgang van die entiteit later als volledige onderneming kan plaatsvinden, met als gevolg dat de betalingsverplichting dan wel over zou gaan naar die derde.

Helaas blijkt in de praktijk dat er bij fusies en overnames maar zelden aandacht is voor de complexe gevolgen van de overgang van onderneming voor de financiering van de Ziektewet- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers. Gegeven het feit dat het per zieke (ex-)werknemer kan gaan om een belang van enkele honderdduizenden euro's, is dat verbazingwekkend.

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

advocaat te Tilburg

januari 2020

ANNOTATIE

Wanneer is sprake van de overgang van een deel van een onderneming in verband met de toerekening van WGA-lasten?

J.P.M. van Zijl

Korte samenvatting

De Centrale Raad van Beroep heeft in deze uitspraak geoordeeld dat de vraag of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming, bepaald moet worden aan de hand van de vraag of de hele loonsom dan wel een deel van de loonsom is overgegaan. Daarmee wijkt de Centrale Raad van Beroep af van twee eerdere uitspraken uit 2016 en 2017.

Het antwoord op deze vraag is van belang indien de WGA-uitkering vóór de overgang door de werkgever als eigenrisicodrager moest worden betaald, omdat dan van het antwoord op die vraag afhankelijk is of de werkgever die de onderneming overdraagt die uitkering na de overgang moet blijven betalen dan wel of de werkgever die de onderneming verkrijgt de uitkering voortaan moet gaan betalen.

1 Financiering van WGA-uitkeringen

De lasten van WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers worden gedragen door hun (ex-)werkgevers. De manier waarop die uitkeringen door werkgevers worden gedragen verschilt echter al naar gelang of

de werkgever eigenrisicodrager is of niet;
de werkgever een grote, middelgrote of kleine werkgever is.

Werkgevers die eigenrisicodrager zijn, dragen het risico van de betaling van de WGA-uitkering zelf. De werkgever kan de uitkering daarbij zelf betalen maar doorgaans betaalt het

UWV de uitkering en verhaalt het UWV de betaalde uitkering op de eigenrisicodrager.

De WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van werkgevers die geen eigenrisicodrager zijn, worden door het UWV betaald. Deze betaling leidt dan echter twee kalenderjaren later tot een verhoogde vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas die werkgevers aan de Belastingdienst betalen. Bij kleine werkgevers vindt de toerekening van de WGA-uitkering van (ex-)werknemers aan de werkgever niet op individuele basis plaats, maar per sector. Kleine werkgevers betalen daarom een sectorpremie waaruit de WGA-uitkeringen van de ex-werknemers worden bekostigd. Bij grote werkgevers is de hoogte van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas geheel afhankelijk van het bedrag dat twee kalenderjaren eerder aan (ex-)werknemers is betaald. Voor middelgrote werkgevers wordt de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, afhankelijk van de hoogte van de loonsom, vastgesteld op een gewogen gemiddelde van de gedifferentieerde premie die op basis van de uitkeringen van (ex-)werknemers zou gelden voor grote werkgevers en de sectorpremie die zou gelden voor kleine werkgevers.

In alle gevallen vindt de toerekening van de WGA-uitkering van een (ex-)werknemer aan een bepaalde werkgever plaats aan de hand van de eerste dag van de wachttijd voor de WIA (voor werkgevers die eigenrisicodrager zijn) c.q. de eerste dag van arbeidsongeschiktheid (voor werkgevers die geen eigenrisicodrager zijn). Aangenomen mag worden dat met deze verschillende wijze van formuleren steeds dezelfde dag is bedoeld: de werkgever bij wie de werknemer op de eerste dag van de wachttijd c.q. op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid in dienst is, is de werkgever voor wiens rekening de WGA-uitkering gedurende de eerstkomende tien jaren komt.

2 Gevolgen van overgang van onderneming

Deze wijze van toerekening van de lasten van WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers (hierna: 'WGA-lasten') aan werkgevers vraagt om een regeling van de gevolgen van de overgang van een onderneming voor de verplichtingen van de (ex-)werkgever om de lasten van de WGA-uitkeringen te dragen. Immers: de werkgever die als eigenrisicodrager de WGA-uitkering zou moeten betalen kan na een overgang van onderneming ophouden te bestaan. En nadat de werkgever de onderneming heeft overgedragen is er geen loonsom meer waarover de verhoogd vastgestelde gedifferentieerde premie Werkhervattingskas kan worden berekend. Voorkomen moet worden dat werkgevers lasten die zij individueel zouden moeten dragen, afwentelen op het collectief.

De vraag wie na de overgang van een onderneming de WGA-lasten draagt van de (ex-

)werknemer die werkzaam was in de overgedragen onderneming, is op grond van de getroffen wettelijke regeling afhankelijk van:

de vraag of de werkgever die de onderneming overdraagt eigenrisicodrager is of niet; de vraag of de werkgever die de onderneming verkrijgt eigenrisicodrager is of niet; de vraag of een hele onderneming wordt overgedragen dan wel een deel van de onderneming.

Schematisch kan de wettelijke regeling als volgt worden weergegeven

Bij de overgang van een gehele onderneming:

[tabel 1]

Bij de overgang van een deel van een onderneming:

[tabel 2]

Voor de vraag wanneer sprake is van de overgang van een onderneming knopen de in het hierboven weergegeven schema genoemde wettelijke bepalingen aan bij de bepaling van artikel 7:662 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In die bepaling is gedefinieerd wanneer sprake is van de overgang van een onderneming, die op grond van het bepaalde in artikel 7:663 BW tot gevolg heeft dat de rechten en verplichtingen van werknemers die op het tijdstip van die overgang voor de werkgever voortvloeiden uit arbeidsovereenkomsten met in die onderneming werkzame werknemers, van rechtswege overgaan op de verkrijger van die onderneming. Een verschil met de arbeidsrechtelijke bepaling van artikel 7:662 BW is daarbij dat de gevolgen voor de toerekening van de WGA-lasten ook optreden als de overgang van onderneming in faillissement plaatsvindt.

3 Overgang van een deel van een onderneming

Het schema laat zien dat er, voor het geval de overdrager eigenrisicodrager is, een belangrijk verschil is tussen de rechtsgevolgen van de overgang van een hele onderneming en de rechtsgevolgen van de overgang van een deel van een onderneming. Immers: bij de overgang van een hele onderneming moet de verkrijger de uitkering voortaan gaan betalen en bij de overgang van een deel van een onderneming moet de overdrager blijven betalen. Dat roept de vraag op wanneer sprake is van de overgang van een deel van een onderneming.

De Belastingdienst (als het gaat om de vaststelling van de hoogte van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas) en het UWV (als het gaat om de betaling van een WGA-uitkering die door een eigenrisicodrager moest worden betaald) stellen zich in de praktijk op het

standpunt dat sprake is van de overgang van een hele onderneming als de hele loonsom is overgegaan (en de overdrager na de overgang dus geen loonsom meer heeft) en dat sprake is van de overgang van een deel van een onderneming als niet de hele loonsom is overgegaan (en de overdrager na de overgang dus nog wel een (kleinere) loonsom heeft). De belastingdienst en het UWV koppelen die loonsommen daarbij in de praktijk bovendien steeds aan 'loonheffingennummers'.

De Centrale Raad van Beroep had tot voor kort tweemaal moeten oordelen over de vraag of sprake was van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming.

4 CRvB 11 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4322

In deze uitspraak ging het om de overgang van een vestiging van een uitzendbureau. Deze vestiging werd samen met zes andere vestigingen geëxploiteerd door de overdrager, die daarbij optrad als franchisenemer van een derde. Na de overgang werd de exploitatie van deze vestiging op grond van een overeenkomst overgenomen door de verkrijger, die deze eveneens als franchisenemer voor de derde ging exploiteren. De exploitatie van de andere zes vestigingen werd daarbij onverminderd door de overdrager voortgezet. Bij één van de andere zes vestigingen was een werknemer ziek uitgevallen, waarna aan die werknemer een WGA-uitkering was toegekend. Bijna twee jaar na de overgang besluit het UWV dat de verkrijger een deel van de WGA-uitkering, evenredig aan het overgenomen deel van de loonsom, moet betalen. Hieruit kan worden afgeleid dat de overdrager eigenrisicodrager moet zijn geweest en de verkrijger niet en dat het UWV uitging van de overgang van een deel van de onderneming.

De verkrijger stelt zich op het standpunt dat de overgenomen vestiging een hele onderneming (want een zelfstandige onderneming) is en dat de lasten van de WGA-uitkering van de zieke werknemer moeten worden gedragen door de vestiging waar de zieke werknemer in dienst was, als zijnde een andere zelfstandige, hele onderneming.

De Centrale Raad van Beroep verwerpt in zijn uitspraak het verweer van het UWV op grond waarvan het UWV van mening was dat de overgedragen vestiging niet als een zelfstandige onderneming te beschouwen was. In zijn verweer beriep het UWV zich op informatie van de Belastingdienst volgens welke de overdrager een zelfstandige rechtspersoon en inhoudingsplichtige voor de loonheffingen was met zeven vestigingen.

De Centrale Raad van Beroep refereert eraan dat het begrip overgang van onderneming in artikel 84 lid 3 en 4 WIA (tekst tot 1 januari 2017) is ontleend aan artikel 7:662 BW, in welk artikel is bepaald dat onder overgang wordt beschouwd: 'de overgang van een geheel van georganiseerde middelen, dat bestemd is tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet

hoofdzakelijk economische activiteit, welk geheel bij die overgang zijn identiteit als een economische eenheid behoudt'. De rechtbank had volgens de Centrale Raad van Beroep terecht geoordeeld dat de overgang van de vestiging als de overgang van een zelfstandige economische eenheid moet worden aangemerkt, omdat de bedrijfsactiviteiten van de vestiging economisch voldoende bepaalbaar en identificeerbaar waren. Er was sprake van de vervreemding van een lopende zelfstandige onderneming, doordat dezelfde bedrijfsactiviteiten door een nieuwe ondernemer werden voortgezet, terwijl de werknemers met de WGA-uitkering niet in die economische eenheid werkzaam was.

Uitdrukkelijk overweegt de Centrale Raad van Beroep dat niet van doorslaggevend belang is dat de diverse vestigingen door één rechtspersoon werden geëxploiteerd en dat die rechtspersoon tot aan de overgang de inhoudingsplichtige was voor de loonheffing van de vestiging. Niet de vraag op welke rechtspersoon bepaalde verplichtingen van fiscale of andere aard rusten, is volgens de Centrale Raad van Beroep van belang, maar de vraag welke economische eenheid de maatschappelijke bron van arbeidsverhoudingen is.

5 Centrale Raad van Beroep 21 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1608

In deze uitspraak ging het om een supermarktbedrijf dat eigenrisicodrager was en dat een deel van zijn supermarkten, dat onder een bepaalde handelsnaam werd uitgeoefend, had verkocht. Het UWV had zich op het standpunt gesteld dat sprake was van overgang van een deel van de onderneming. Het supermarktbedrijf stelde echter dat de verkochte supermarktketen een zelfstandige onderneming was die in zijn geheel was overgedragen. Het supermarktbedrijf wees er daartoe op dat de supermarkten een eigen management en een eigen inkoop- en marketingafdeling hadden en dat de zelfstandige exploitatie van die supermarkten na de verkoop was voortgezet, waarbij zij hun eigen identiteit hadden behouden.

Voor de vraag of sprake is van de overgang van een gehele of gedeeltelijke onderneming verwijst de Centrale Raad van Beroep naar het begrip overgang van onderneming in artikel 7:662 BW en de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie (ten aanzien van de Europese Richtlijn betreffende het behoud van rechten door werknemers bij overgang van ondernemingen) en de Hoge Raad in hun jurisprudentie geven aan het begrip 'overgang van onderneming'. De Centrale Raad van Beroep wijst met name naar het arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak Spijkers/Benedik. Volgens dat arrest is voor de vraag of sprake is van de overgang van een onderneming van belang of de identiteit van de onderneming is behouden. Dat is het geval als de exploitatie in feite wordt voortgezet of na een korte periode van oponthoud wordt hervat. Daarbij dient te worden gelet op kenmerkende feiten en omstandigheden zoals:

de aard van de onderneming; al dan niet overgedragen bedrijfsmiddelen; waarde van de immateriële activa; al dan niet overdragen van de klantenkring; het overnemen van nagenoeg al het personeel; de mate waarin bedrijfsactiviteiten voor en na de overdracht gelijk zijn; de duur van de eventuele onderbreking van de activiteiten.

Deze aspecten moeten niet afzonderlijk worden beoordeeld. Het globale totaalbeeld is beslissend. De Centrale Raad van Beroep verwijst daarbij naar een uitspraak die hij reeds onder de WAO had gewezen.

Op grond van deze inhoudelijke criteria moet het UWV volgens de Centrale Raad van Beroep beoordelen of sprake is van een gehele of gedeeltelijke overgang van onderneming. De uit de Algemene wet bestuursrecht voortvloeiende motiveringsverplichting brengt volgens de Centrale Raad van Beroep met zich dat het UWV zorgvuldig dient te onderzoeken onder welke omstandigheden de verkoop van de winkels heeft plaatsgevonden en dat het UWV op basis hiervan tot een inzichtelijk en deugdelijk gemotiveerd besluit dient te komen. Omdat een dergelijk onderzoek niet heeft plaatsgevonden wordt de beslissing op het bezwaarschrift van het UWV vernietigd.

Het UWV heeft volgens de Centrale Raad van Beroep zijn oordeel ten onrechte gebaseerd op een interpretatie van gegevens die zijn verkregen van de Belastingdienst. De Centrale Raad van Beroep verwijst naar zijn uitspraak van 11 november 2016. De omstandigheid dat de supermarkten over één loonadministratie beschikken is volgens de Centrale Raad van Beroep slechts één van de feitelijke omstandigheden die door het UWV moeten worden vastgesteld en getoetst.

De Centrale Raad van Beroep draagt het UWV op in zijn nieuwe beslissing op het bezwaarschrift tevens aan te geven of de overnemende onderneming eigenrisicodrager is of niet, aangezien de vraag welke onderneming het risico van betaling van de WGA-uitkeringen draagt mede daarvan afhankelijk is.

Ten slotte overweegt de Centrale Raad van Beroep uitdrukkelijk dat het belastende karakter van het toerekeningsbesluit met zich brengt dat het UWV aannemelijk moet maken dat aan de inhoudelijke criteria is voldaan. Als het UWV daarbij gebruikmaakt van gegevens van de Belastingdienst moet het UWV die gegevens zodanig presenteren dat de werkgever en de rechter de juistheid daarvan kunnen toetsen. Daarmee corrigeert de Centrale Raad van Beroep het standpunt van de rechtbank die het aan de werkgever wilde overlaten om informatie bij de Belastingdienst op te vragen.

6 Centrale Raad van Beroep 4 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3920

In de uitspraak van 4 december 2019 ging het om een onderwijsinstelling (een vereniging) die eigenrisicodrager was en die een school had overgedragen aan een andere onderwijsinstelling (een stichting). Toen aan een werkneemster van deze school een WGA-uitkering werd toegekend besloot het UWV dat de vereniging de WGA-uitkering als eigenrisicodrager moest betalen. In bezwaar motiveerde het UWV dat door te stellen dat sprake was van de overgang van een deel van de onderneming van de vereniging. Als de vereniging beroep bij de rechtbank instelt, laat het UWV op grond van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016 de Belastingdienst nader onderzoek verrichten. Ook daarna handhaaft het UWV echter zijn standpunt dat sprake is van de overgang van een deel van de onderneming van de vereniging. De rechtbank past de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016 toe en oordeelt op grond van de feiten en omstandigheden van het geval dat sprake was van de overgang van een zelfstandige onderneming. Bij een onderneming in een arbeidsintensieve sector zoals het onderwijs wordt de identiteit van de onderneming vooral bepaald door het personeel en daarnaast door het schoolgebouw en het soort onderwijs. Al deze elementen zijn bij de overgang behouden gebleven, zodat volgens de rechtbank sprake is van de overgang van een onderneming.

Het UWV stelt tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep in bij de Centrale Raad van Beroep en stelt dan dat de rechtbank weliswaar terecht heeft geoordeeld dat sprake is van de overgang van onderneming maar dat de vraag of sprake was van de gehele dan wel gedeeltelijke overgang van onderneming niet moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of datgene wat wordt overgedragen een zelfstandige eenheid is. Daarbij stelt het UWV uitdrukkelijk de juistheid van de uitspraak van 11 november 2016 ter discussie. Volgens het UWV moet de vraag of sprake is van de overgang van een onderneming dan wel van een deel van een onderneming niet worden beantwoord aan de hand van het arbeidsrecht, omdat het arbeidsrecht geen onderscheid kent tussen de gehele en gedeeltelijke overgang van een onderneming. Volgens het UWV is een beantwoording op grond van eigen, sociaalverzekeringsrechtelijke criteria aan de orde, waarbij vanuit de overdragende werkgever bezien zou moeten worden of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van de onderneming. Omdat de vereniging na de overgang als werkgever is blijven bestaan, zou sprake zijn van de overgang van een deel van de onderneming.

Naar aanleiding van het hoger beroep van het UWV onderzoekt de Centrale Raad van Beroep allereerst de wetsgeschiedenis. Die gaat terug tot de Wet Pemba, omdat bij die wet voor het eerst (per 1 januari 1998) premiedifferentiatie en eigenrisicodragen werd ingevoerd, toen nog in de WAO.

Uit de memorie van toelichting haalt de Centrale Raad van Beroep het uitgangspunt van de wetgever aan dat het moment van het ontstaan van ziekte bepalend moet zijn voor de vraag of de betaling van de WAO-uitkering voor rekening van de eigenrisicodragende werkgever moet komen. Als de werknemer op dat moment in dienst was van de werkgever moet de eigenrisicodragende werkgever de WAO-uitkering (blijven) betalen. Daardoor moet voorkomen worden dat de uitkering alsnog voor rekening van de collectief gefinancierde regeling komt, waarvoor de werkgever als eigenrisicodrager geen premie heeft betaald.

Uit de Nota naar aanleiding van het verslag wordt dan nog eens aangehaald dat afwenteling van de lasten van de uitkering op het publieke stelsel moet worden voorkomen door de werkgever zelf verantwoordelijk te laten zijn voor de arbeidsongeschiktheidslasten die zijn gegenereerd toen de werkgever eigenrisicodrager was.

Uit een nota van wijziging bij de Aanpassingswet nieuwe en gewijzigde arbeidsongeschiktheidsregelingen (die de invoering van de Wet Pemba regelde) citeert de Centrale Raad van Beroep dan nog dat bij een gedeeltelijke overname van de onderneming van een eigenrisicodragende werkgever de verplichting tot het betalen van de uitkeringen moet blijven berusten bij deze werkgever en de daarbij gedane overweging dat bij de overgang van de onderneming kan worden afgesproken dat de overnemende werkgever een deel van de lasten van de overdragende werkgever voor zijn rekening neemt.

Met betrekking tot de uitspraak van 11 november 2016 stelt de Centrale Raad van Beroep dat daarin bepaald is dat voor de vraag of sprake is van een zelfstandige, economische eenheid, bepalend is of de bedrijfsactiviteiten economisch voldoende bepaalbaar en identificeerbaar zijn. Als vraag die nog moet worden beantwoord formuleert de Centrale Raad van Beroep de vraag of met de (tussen partijen vaststaande) vaststelling dat sprake is van de overgang van een economische eenheid die bij de overgang zijn identiteit behoudt, ook vaststaat dat geen sprake is van de overgang van een deel van de onderneming in de zin van artikel 84 lid 5 WIA (tekst tot 1 januari 2017).

Ten aanzien van die vraag stelt de Centrale Raad van Beroep dat het socialeverzekeringsrecht niet op één lijn gesteld kan worden met het arbeidsrecht en dat de keuze van de werkgever om eigenrisicodrager te worden gebaseerd is op de socialeverzekeringswetgeving. Daarom is volgens de Centrale Raad van Beroep niet alleen bepalend of, in het geval waarin een in civielrechtelijke zin zelfstandige economische eenheid overgaat, sprake is van de overgang van een onderneming, maar ook of sprake is van de overgang van een deel van de onderneming in sociaalverzekeringsrechtelijke zin. Met het UWV is de Centrale Raad van Beroep van mening dat die laatste vraag moet worden beantwoord vanuit het perspectief van de overdragende werkgever. De Centrale Raad van Beroep beroept zich voor dat standpunt op

de wetsgeschiedenis en op de definitie van het begrip werkgever in artikel 1 WIA, waar wordt verwezen naar de werkgever in de zin van de Wet financiering sociale verzekeringen. Omdat de overdragende werkgever na de overgang van onderneming als werkgever is blijven bestaan, is volgens de Centrale Raad van Beroep sprake van de overgang van een deel van de onderneming. Daarbij wordt aangegeven dat daarmee wordt afgeweken van de eerdere uitspraak van 11 november 2016.

Voor de onderwijsinstelling (de vereniging) die een school had overgedragen aan de andere onderwijsinstelling (de stichting) betekent dat, dat het UWV terecht heeft besloten dat de vereniging de WGA-uitkering van de (ex-)werkneemster moest blijven betalen. Immers: als sprake is van de overgang van een deel van een onderneming blijft de vereniging als overdragende werkgever het risico van betaling van de WGA-uitkering dragen.

7 Commentaar

Belastingrechter

De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep heeft invloed op alle gevallen van overgang van onderneming waarbij ofwel de overdragende werkgever ofwel de verkrijgende werkgever eigenrisicodrager is. Indien beide werkgevers dat niet zijn, moet de belastingrechter beslissen of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van de onderneming, met als gevolg dat bij de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overgedragen onderneming volledig aan de verkrijgende werkgever worden toegerekend (maar dan alleen als ze werkzaam waren in datgene wat dan als de overgedragen onderneming wordt beschouwd) dan wel of een deel (evenredig aan het overgenomen deel van de loonsom) van alle WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overdragende werkgever aan de verkrijgende werkgever worden toegerekend, waarbij het andere deel dan onverminderd aan de overdragende werkgever wordt toegerekend.

Om te voorkomen dat een situatie zou ontstaan waarbij WGA-lasten bij de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas aan geen enkele werkgever zouden worden toegerekend dan wel waarbij WGA-lasten tegelijkertijd aan twee werkgevers zouden worden toegerekend, zou de belastingrechter de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep moeten overnemen. Dergelijke situaties zouden kunnen ontstaan als in één en hetzelfde geval de belastingrechter (in het kader van de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, ten aanzien van een werkgever die geen eigenrisicodrager is) en de socialeverzekeringsrechter (in het kader van de vraag wie (een deel van) een WGA-uitkering moet betalen, ten aanzien van een werkgever die eigenrisicodrager is of die (een deel van) een

onderneming heeft overgenomen van een eigenrisicodragers) verschillend zouden oordelen over de vraag of een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming is overgegaan.

Omgaan van de Centrale Raad van Beroep

Wie de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep leest met kennis van de twee eerdere uitspraken uit 2016 en 2017, blijft lang in de veronderstelling dat de Centrale Raad van Beroep probeert om zijn nieuwe uitspraak in lijn te brengen met zijn eerdere twee uitspraken. Het onderscheid dat de Centrale Raad van Beroep maakt tussen de arbeidsrechtelijk te beoordelen vraag of sprake is van de overgang van een onderneming en de sociaalverzekeringsrechtelijk te beoordelen vraag of bij de overgang een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming is overgegaan, doet gekunsteld aan. Pas aan het einde van zijn uitspraak, in rechtsoverweging 4.9, geeft de Centrale Raad van Beroep met de woorden ‘anders dan de Raad heeft overwogen in zijn onder 2.2 genoemde uitspraak van 11 november 2016’ aan dat hij op zijn eerdere twee uitspraken terugkomt.

Niet-overtuigende motivering

De motivering die de Centrale Raad van Beroep daarbij geeft voor dit gewijzigde standpunt kan niet overtuigen.

De tekst van de wet verwijst slechts naar de bepaling van artikel 7:662 BW. Enige bedoeling van de wetgever voor een eigen, sociaalverzekeringsrechtelijke uitleg van het begrip ‘overgang van een deel van een onderneming’ blijkt daaruit niet. In lid 2 van het genoemde artikel is bovendien bepaald dat een onderdeel van een onderneming voor de toepassing van de daarna volgende arbeidsrechtelijke bepalingen als een onderneming beschouwd moet worden, zodat duidelijk is dat arbeidsrechtelijk ook de mogelijkheid van een gedeeltelijke overgang van een onderneming door de wetgever onder ogen is gezien.

Het beroep op de wetsgeschiedenis overtuigt niet omdat daaruit niet volgt dat ten aanzien van het begrip ‘overgang van een deel van een onderneming’ een eigen sociaalverzekeringsrechtelijke benadering dient plaats te vinden in plaats van een arbeidsrechtelijke benadering. De eerste twee (hierboven genoemde) passages uit de wetsgeschiedenis wijzen er immers slechts op dat de wetgever heeft willen voorkomen dat werkgevers die eigenrisicodragers zijn de lasten van de uitkeringen die zij zelf zouden moeten betalen afwentelen op het publieke stelsel, terwijl zij niet hebben bijgedragen aan het publieke stelsel. Maar van afwenteling op het publieke stelsel is geen sprake als de verkrijgende werkgever verplicht is om de WGA-uitkeringen van de overdragende werkgever te gaan betalen. En waar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de overdragende en verkrijgende werkgever afspraken kunnen maken over de vraag wie de uitkeringslasten uiteindelijk draagt,

geldt dat natuurlijk ook indien de verkrijgende werkgever verplicht wordt de WGA-uitkeringen te gaan betalen omdat sprake is van de overgang van een hele onderneming. De derde (hierboven genoemde) passage geeft slechts aan dat de wetgever gewild heeft dat bij de overgang van een deel van een onderneming de overdragende eigenrisicodragende werkgever de WGA-uitkeringen moet blijven betalen (wat al duidelijk uit de tekst van de wet blijkt), niet waarom dat het geval is.

De verwijzing ten slotte naar de definitie van het begrip ‘werkgever’ in artikel 1 WIA, waaronder de werkgever in de zin van de Wet financiering sociale verzekeringen verstaan zou moeten worden, is onduidelijk. In artikel 1 WIA is het begrip ‘werkgever’ niet gedefinieerd. Wel is de ‘eigenrisicodragende’ gedefinieerd als (kort samengevat) ‘de werkgever aan wie toestemming is verleend om eigenrisicodragende voor WGA-uitkeringen te zijn’. In artikel 11 WIA is wel een definitie van het begrip ‘werkgever’ opgenomen, waarbij wordt verwezen naar de Ziektewet. Via de definitie van artikel 9 Ziektewet komen wij dan uit bij ‘de natuurlijke persoon of het lichaam tot wie een natuurlijke persoon in dienstbetrekking staat’. Volgens artikel 1 onder c van de Ziektewet zijn lichamen: ‘rechtspersonen, maat- en vennootschappen, samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid die met verenigingen maatschappelijk gelijk kunnen worden gesteld, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens’. Bij de Wet financiering sociale verzekeringen komt men alleen uit via de definitie van de eigenrisicodragende, omdat daarbij wordt verwezen naar de procedure voor de aanvraag van het eigenrisicodragen in artikel 40 van die wet. Verder verwijst de definitie van ‘werkgever’ in artikel 1 onder q van de Wet sociale verzekeringen juist naar de definitie in de werknemersverzekeringswetten. Als uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep al afgeleid zou moeten worden dat aan de definitie van het begrip ‘werkgever’ een argument te ontleen zou zijn voor de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, dan is onduidelijk waarom dat het geval is.

Verlaging uitvoeringslasten UWV als motief?

Het lijkt erop dat voor de beslissing van de Centrale Raad van Beroep een andere, niet in de uitspraak genoemde reden bestaat, namelijk om de Belastingdienst en het UWV te verlossen van de uitvoeringslasten die verbonden waren aan de eerdere twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep. Daarbij moest immers een vaststelling plaatsvinden van alle feiten en omstandigheden van het geval, om te bepalen of een overgedragen deel van een onderneming al dan niet zelfstandige onderneming was. Van die uitvoeringslast zijn de Belastingdienst en het UWV nu bevrijd. Dat het UWV groot belang hechtte aan een andersluidende uitspraak van de Centrale Raad van Beroep moge wel blijken uit het feit dat twee eerdere recente uitspraken van de Centrale Raad van Beroep ter discussie werden gesteld en dat het UWV met maar liefst drie gemachtigden ter zitting verscheen.

Versplintering

Als beperking van de uitvoeringslasten van het UWV voor de Centrale Raad van Beroep inderdaad een belangrijke reden is geweest om terug te komen op zijn eerdere twee uitspraken, dient daarbij bedacht te worden dat deze beslissing voor werkgevers leidt tot een zeer bedenkelijke versplintering van WGA-lasten.

Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Stel dat een schoonmaakbedrijf de opdracht verliest voor de schoonmaak van een ziekenhuis. Een ander schoonmaakbedrijf verkrijgt vervolgens de opdracht. Gelet op verplichtingen die voortvloeien uit de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf is het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt, verplicht om een deel van het personeel van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest, over te nemen. Omdat het gaat om een bedrijf in de arbeidsintensieve sector, heeft de overname van een deel van het personeel meteen ook tot gevolg dat sprake is van de overgang van een onderneming. Als de overgang van de schoonmaakopdracht aldus betekent dat 5% van de loonsom van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest overgaat naar het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt, is het gevolg dat voortaan 5% van alle WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt (in plaats van dat de WGA-uitkeringen van alleen de (ex-)werknemers die in het overgedragen deel van de onderneming werkzaam waren volledig worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt).

Om de lasten van de WGA-uitkering te beperken zou het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt kosten moeten maken. Zo zou het schoonmaakbedrijf kunnen proberen te achterhalen of er een verzekeraar is die het risico van betaling van de WGA-uitkering heeft verzekerd en die mogelijk die WGA-uitkering zou blijven betalen (zie hierna). Het schoonmaakbedrijf zou ook re-integratie-inspanningen kunnen doen om te bewerkstelligen dat de mate van arbeidsongeschiktheid van (ex-)werknemers daalt tot minder dan 35%. En het schoonmaakbedrijf zou als belanghebbende bij de WGA-uitkering bij het UWV herbeoordelingen kunnen aanvragen om het UWV te dwingen vast te stellen of nog steeds sprake is van recht op een WGA-uitkering, dan wel of intrekking van de WIA-uitkering of toekenning van een IVA-uitkering aan de orde is. Tegen een beslissing van het UWV omtrent het recht op WGA-uitkering zou het schoonmaakbedrijf misschien bezwaar willen maken, en later beroep en hoger beroep willen instellen. Vanwege het feit dat het belang van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt maar 5% is van het totale belang, zullen de kosten al snel niet meer opwegen tegen het belang, zodat het schoonmaakbedrijf al snel van het treffen van deze maatregelen zal willen afzien. Dit alles is moeilijk in overeenstemming te brengen met het uitgangspunt van de wetgever, die werkgevers wil prikkelen om (ex-)werknemers met een WGA-uitkering te re-integreren.

Bedacht dient vervolgens te worden dat een verdere versplintering van de WGA-lasten plaatsvindt als de opdracht voor de schoonmaak van het ziekenhuis enkele jaren later opnieuw naar een ander schoonmaakbedrijf kan gaan. Als het verlies van die opdracht opnieuw zou gaan om 5% van de loonsom van het bedrijf dat dan de opdracht verliest, zou nog maar $5\% \times 5\% = 0,25\%$ van de oorspronkelijke WGA-lasten worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht dan weer verkrijgt terwijl 4,75% van de WGA-lasten zou achterblijven bij het schoonmaakbedrijf dat de opdracht eerst verkreeg en later weer verloor.

Als een overgang vaker als de overgang van een hele onderneming zou worden gezien, zou versplintering van WGA-lasten vaker achterwege blijven. De vraag is of de Centrale Raad van Beroep zich heeft gerealiseerd dat het vaker optreden van versplintering van WGA-lasten een gevolg van zijn uitspraak zou zijn.

8 Gevolgen voor de praktijk

Waar aldus de nodige kritiek mogelijk is op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, zijn de gevolgen van de uitspraak duidelijk.

De vraag of de overdragende eigenrisicodrager de WGA-uitkeringen moet blijven betalen omdat sprake is van de overgang van een deel van de onderneming, dan wel of de verkrijgende werkgever de WGA-uitkeringen moet gaan betalen omdat sprake is van de overgang van een hele onderneming, hangt af van de vraag of een deel van de loonsom van de overdragende eigenrisicodrager is overgegaan naar de verkrijgende werkgever dan wel of de hele loonsom is overgegaan. Dat is in afwijking van de eerdere uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en conform de handelwijze die de Belastingdienst en het UWV desondanks in de praktijk hanteerden.

Als de verplichting tot betaling van WGA-uitkeringen bij de overdrager blijft, is daarvan een belangrijk voordeel dat deze werkgever vaak verzekerd is voor het risico van betaling van deze uitkeringen. Niet-overheidswerkgevers behoeven een garantie van een bank of verzekeraar om eigenrisicodrager te kunnen worden (art. 40 lid 2 en 3 Wet financiering sociale verzekeringen). In de meeste gevallen krijgen zij deze garantie alleen als ze het risico van betaling van de WGA-uitkeringen verzekeren. Maar ook als de verplichting tot betaling van de WGA-uitkering op grond van de wet niet langer bij de verzekerde overdragende werkgever ligt, maar bij de niet verzekerde overnemende werkgever, blijken verzekeraars op verzoek vaak uitkering te blijven verstrekken, omdat zij dit risico zien als een verzekerd 'uitlooprisko'. Het loont dus voor de verkrijgende werkgever in voorkomend geval de moeite te achterhalen of de overdragende werkgever het risico van betaling van de WGA-uitkering verzekerd had, en zo ja, bij welke verzekeraar, om vervolgens deze verzekeraar aan te spreken tot betaling.

Voor de verkrijgende werkgever is het vooral van belang dat voorafgaand aan de overgang aandacht wordt geschonken aan de gevolgen die die overgang heeft voor Ziektewet- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers. Ter zake zouden door de verkrijger garanties en vrijwaringen kunnen worden bedongen. Deze zouden niet alleen dienen te zien op de verplichting om WGA-uitkeringen zelf te betalen, maar ook op de verplichting om als gevolg van deze WGA-uitkeringen een hogere gedifferentieerde premie Werkhervattingskas te betalen. De overnemer zou er daarbij alert op moeten zijn dat zich soms ook een samenloop van deze beide varianten kan voordoen. Indien de overdrager eigenrisicodrager was, kan bovendien de verplichting om WGA-uitkeringen zelf te moeten gaan betalen worden voorkomen door ervoor te zorgen dat de overdrager nog (mogelijk voor een klein deel en mogelijk tijdelijk) werkgever blijft, zodat niet de hele loonsom overgaat op de verkrijger.

Ook voor de overdragende werkgever zou aandacht voor de gevolgen die een overgang heeft voor de financiering van Ziektewet- en WGA-uitkeringen kunnen lonen. Deze werkgever zou bijvoorbeeld kunnen zorgen dat een entiteit die zich leent voor afzonderlijke overgang is ondergebracht in een afzonderlijke rechtspersoon, waardoor de overgang van die entiteit later als volledige onderneming kan plaatsvinden, met als gevolg dat de betalingsverplichting dan wel over zou gaan naar die derde.

Helaas blijkt in de praktijk dat er bij fusies en overnames maar zelden aandacht is voor de complexe gevolgen van de overgang van onderneming voor de financiering van de Ziektewet- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers. Gegeven het feit dat het per zieke (ex-)werknemer kan gaan om een belang van enkele honderdduizenden euro's, is dat verbazingwekkend.

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

advocaat te Tilburg

januari 2020

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werkgever die weigerde mee te werken aan beëindiging slapend dienstverband van (thans gepensioneerde) werknemer, onder toekenning van de transitievergoeding, pleegt wanprestatie en wordt veroordeeld tot betaling van € 77.000 (hoogte transitievergoeding) aan schadevergoeding.

Feiten

Werknemer is in 1989 in dienst getreden bij een stichting (hierna: werkgeefster) en was laatstelijk werkzaam in de functie van onderwijsondersteuner. Sinds 6 oktober 2014 is werknemer arbeidsongeschikt. Met ingang van 2 oktober 2016 heeft het UWV aan werknemer een WIA-uitkering toegekend. Vanaf 19 juni 2018 betreft dit een IVA-uitkering. Bij e-mailberichten van 1 februari 2017 en 15 januari 2019 heeft de gemachtigde van werknemer aan werkgeefster gevraagd de (slapende) arbeidsovereenkomst met werknemer te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding. Werkgeefster heeft dit geweigerd. Op 29 augustus 2019 heeft werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Aan werknemer is medegedeeld dat hij op grond van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW geen recht heeft op de transitievergoeding. In eerste aanleg heeft werknemer om toekenning van de transitievergoeding verzocht. De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen. In hoger beroep verzoekt werknemer veroordeling van werkgeefster tot betaling van een schadevergoeding van € 77.000 bruto, zijnde de door werknemer berekende hoogte van de transitievergoeding tot aan het einde van de verplichte loondoorbetalingsperiode (2 oktober 2016). Werknemer stelt zich op het standpunt dat de weigering van werkgeefster tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding in strijd is met de verplichtingen van goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW. De schade die werknemer lijdt als gevolg van de niet-nakoming van deze verplichting is volgens werknemer gelijk aan de hoogte van de transitievergoeding.

Oordeel

Met verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 2019 (zie AR 2019-1182) verwerpt het hof de stellingen van werkgeefster dat haar weigering om in te stemmen met het voorstel van werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden onder toekenning van de wettelijke transitievergoeding niet in strijd is met goed werkgeverschap. Werkgeefster heeft geen ander belang gesteld bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst dan het niet hoeven betalen van de transitievergoeding. Werkgeefster heeft nog betoogd dat deze verplichting voor werkgevers om in te stemmen met een verzoek van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst enkel geldt voor verzoeken tot beëindiging van werknemers gedaan na voornoemde uitspraak van de Hoge Raad. Het hof is het daarmee niet eens. Hoofdargument voor de uitleg van de Hoge Raad is de invoering van de Wet compensatie transitievergoeding en de omstandigheid dat die wet beoogde de belangrijkste beweegreden voor werkgevers weg te nemen om dienstverbanden na twee jaar arbeidsongeschiktheid slapend te houden. Die wet is op 11 juli 2018 gepubliceerd (Stb. 2018, 234). Ingevolge die wet is compensatie mogelijk voor betaalde transitievergoedingen bij arbeidsovereenkomsten die op of na 1 juli 2015 wegens langdurige arbeidsongeschiktheid zijn geëindigd. Werknemer heeft werkgeefster ook gewezen op deze wet toen hij zijn verzoek om de arbeidsovereenkomst te beëindigen herhaalde. Onder die omstandigheden moet worden aangenomen dat de weigering van werkgeefster op 12 februari 2019 om in te stemmen met het verzoek van werknemer van 15 januari 2019 een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van haar verplichting als goed werkgever was en dat werkgeefster met die weigering ook in verzuim was. In beginsel is werkgeefster derhalve gehouden om de schade die werknemer heeft geleden als gevolg van deze tekortkoming te vergoeden. Werkgeefster heeft nog aangevoerd dat duizenden ex-werknemers, onder wie AOW-gerechtigden, in dat geval hun werkgever aansprakelijk kunnen stellen en dat de Hoge Raad dit niet heeft gewild. Dat leidt echter niet tot een ander oordeel. Het hof overweegt daarbij dat het in deze zaak gaat om een werknemer die ná publicatie van de Wet compensatie transitievergoeding én voordat hij de pensioengerechtigde leeftijd bereikte zijn werkgever daadwerkelijk heeft verzocht om de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding. Ten slotte heeft werkgeefster aangegeven dat juist in dit specifieke geval zij geen recht op compensatie heeft, omdat de arbeidsovereenkomst inmiddels is geëindigd in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van werknemer, zodat geen transitievergoeding verschuldigd is en dus voor werkgeefster geen recht op compensatie bestaat. Dit argument doet volgens het hof niet af aan het feit dat werkgeefster reeds voordat werknemer de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt rechtens gehouden was in te stemmen met beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder betaling van de transitievergoeding en dat werknemer vanwege het niet nakomen van deze verplichting schade heeft geleden. Indien werkgeefster had voldaan aan haar verplichting uit hoofde van goed werkgeverschap en had ingestemd met

beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een transitievergoeding voordat werknemer de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, dan had zij aanspraak kunnen maken op de regeling van de Wet compensatie transitievergoeding. Dat zij mogelijk geen aanspraak heeft op enige compensatie komt daarom in beginsel voor haar rekening en risico. Werknemer heeft schade geleden als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van werkgeefster tot het bedrag van de niet ontvangen transitievergoeding. Het hof wijst derhalve de verzochte schadevergoeding tot een bedrag van € 77.000 bruto toe.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:31

Zaaknummer: 200.261.977_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, A.L. Bervoets en B. Kloppert

Advocaten: S. Karakaya-Pilavci en C.A.H. Lemmens

Wetsartikelen: 7:673 BW, 7:673e BW en Wet compensatie transitievergoeding

RECHTSPRAAK

werknemers/Jabil Circuit Netherlands B.V.

Het hof komt tot een uitleg dat, gelet op de gestelde feiten en omstandigheden, het pensioenreglement een voorwaardelijk recht geeft op indexering.

Feiten

Werknemers zijn vanaf 1 april 1982 resp. 1 januari 1980 in dienst geweest bij Philips. Werknemers namen deel aan de pensioenregeling van Stichting Pensioenfonds Philips, hierna: PPF. In 2002 is PCMS door Philips verkocht aan het Jabil. De oud-Philips werknemers zijn van rechtswege overgegaan naar Jabil. In de (aanvullende) arbeidsovereenkomsten is met betrekking tot het pensioen overeengekomen een 'pension scheme comparable in all material respects to (...) the Pension Regulations' van PFF. Jabil heeft de pensioenen van ondergebracht bij Delta Lloyd Levensverzekering N.V. Delta Lloyd heeft in juni 2003 het pensioenreglement vastgesteld. Het pensioenreglement omvat een eindloonregeling met een pensioenrichtdatum van 60 jaar. Werknemers hebben ingestemd met de waardeoverdracht door Philips Pensioenfonds aan Delta Lloyd. Korte tijd na de waardeoverdracht is de overwaarde met instemming van werknemers aangewend voor een extra (separate) polis. Werknemer 1 is in 2004 uit dienst getreden en werknemer 2 in 2007. Hun premievrije aanspraken zijn uit hoofde van het pensioenreglement tot en met 2012 jaarlijks geïndexeerd. Met ingang van 1 januari 2013 heeft geen indexering van hun premievrije aanspraken en, later, pensioenen meer plaatsgevonden. In de onderhavige procedure vorderen werknemer om Jabil onder meer te veroordelen tot de onvoorwaardelijke indexering vanaf 1 januari 2013 tot een maximum van 2% zonder overrente en vervolgens jaarlijks zolang de pensioenaanspraken, dan wel pensioenuitkeringen bestaan. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Daartoe heeft de kantonrechter overwogen dat het pensioenreglement geen onvoorwaardelijk recht geeft op indexering. Werknemers komen op tegen de beschikking.

Oordeel

Werknemers hebben allereerst een beroep gedaan op de pensioenovereenkomst. Overeengekomen is een 'pension scheme comparable in all material respects to (...) the

Pension Regulations' van PPF. Het debat van partijen op dit punt betreft de uitleg van deze zinsnede. Het hof overweegt dat vast staat dat het pensioenreglement van PPF een voorwaardelijk recht op indexering na beëindiging van de actieve deelname kende. Gezien deze omstandigheden mochten werknemers aan de pensioenovereenkomst redelijkerwijs niet de betekenis toekennen dat Jabil een pensioenregeling in het leven moest roepen die uitging van een onvoorwaardelijke indexering na actief deelnemerschap. Daarnaast is de uitleg van artikel 13 van het pensioenreglement in geschil. Artikel 13 van het pensioenreglement bepaalt dat de pensioenen en premievrije aanspraken op pensioen van gewezen deelnemers worden verhoogd per 1 april van elk jaar. Niet uitdrukkelijk is vermeld dat dit recht op indexering onvoorwaardelijk, dan wel voorwaardelijk, is. Het hof komt tot een uitleg dat het pensioenreglement een voorwaardelijk recht op indexering bevat. Hierbij weegt het hof mee dat de pensioenen voor de overname bij PPF waren ondergebracht en een voorwaardelijke indexering na beëindiging van de actieve deelname gegolden. Tussen werknemers en Jabil en Delta Loyd is daarnaast niet onderhandeld over het pensioenreglement en niet is gesteld of gebleken dat Jabil een gunstigere regeling heeft willen treffen. Het voorwaardelijke recht uit hoofde van de pensioenovereenkomst houdt naar het oordeel van hof een inspanningsverplichting van Jabil in om de kans op indexering in financiële zin mogelijk te maken. Jabil heeft tot en met 2012 daar invulling aan gegeven. Met ingang van 2013 heeft zij de mogelijkheid om aanvullende betalingen te doen beëindigd. Het standpunt van Jabil komt erop neer dat zij niet meer tot enige betaling gehouden is om indexering (door Delta Lloyd) mogelijk te maken. Dit standpunt van Jabil is in strijd met het toegekende voorwaardelijke recht op indexering en de daaruit voortvloeiende inspanningsverplichting van Jabil. Het hof dient te beslissen over waartoe Jabil uit hoofde van de pensioenovereenkomst met ingang van 1 januari 2013 in financiële zin gehouden is om indexering van de pensioenen van werknemers door Delta Lloyd mogelijk te maken. Het hof gelast een comparitie van partijen om een nadere inlichtingen te verkrijgen en een minnelijke regeling te beproeven.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:8

Zaaknummer: 200.225.533_01

Rechters: H.E. HAE Uniken Venema, M.E. Smorenburg en A.W. Rutten

Advocaten: J.T. Gommer en R.F. van der Ham

RECHTSPRAAK

werknemer/SK Noord Brandbeveiliging B.V.

Werknemer is € 389.000 aan boeten verschuldigd wegens overtreding van concurrentie- en geheimhoudingsbeding. Werknemer schatte oordeel toenmalige advocaat hoger in dan het oordeel van de voorzieningenrechter. Boete was anders € 250.000 lager uitgevallen. Geen matiging.

Feiten

Werknemer had zijn bedrijf SK Noord Brandbeveiliging B.V. (hierna: DJI) verkocht aan de SK Firesafety Group B.V. en was vervolgens in dienst getreden van de verkochte vennootschap. De arbeidsovereenkomst met ingangsdatum van 12 april 2014 bevatte een non-concurrentie- en een relatiebeding, dat zowel tijdens de arbeidsrelatie als gedurende een periode van 12 maanden daarna gold. Daarnaast was een geheimhoudingsbeding overeengekomen. Al deze bedingen waren versterkt met een boetebeding. DJI houdt zich bezig met beveiliging tegen brand. De arbeidsovereenkomst is met de vaststellingsovereenkomst van 26 januari 2015 geëindigd per 28 februari 2015; in deze beëindigingsovereenkomst is overeengekomen dat het relatie- en geheimhoudingsbeding uit de overeenkomst zijn blijven gelden. Werknemer heeft tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst facturen van DJI doen innen op een aan hem in privé toebehorende bankrekening. DJI heeft daarvan aangifte gedaan en werknemer is daarvoor veroordeeld tot 60 uur dienstverlening. Het frauduleus geïnde bedrag is inmiddels terugbetaald. Verder heeft werknemer tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst een eigen bedrijf opgericht (Wi-Safety) dat zich ook met brandbeveiliging bezighield. De kantonrechter heeft werknemer veroordeeld tot betaling van € 389.000 aan verbeurde boeten op basis van overtreding van het concurrentiebeding, het relatiebeding en het geheimhoudingsbeding. Werknemer is van deze beschikking in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Concurrentiebeding

Het hof verwerpt het standpunt van werknemer dat hij het concurrentiebeding niet heeft

overtreden, omdat dit beding volgens hem zo zou moeten worden uitgelegd dat het alleen slaat op werkzaamheden als vestigingsmanager en niet op werkzaamheden van andere aard. De tekst van het beding geeft geen enkele aanleiding voor een dergelijke beperkte uitleg van het beding. Het concurrentiebeding had een geldigheidsduur van één jaar, zodat de temporele werkingsduur niet buitensporig is. Het ziet op de activiteiten van DJI, waarvan de kernactiviteit brandbeveiliging was. De werkzaamheden in geding ten aanzien waarvan DJI werknemer het verwijt maakt dat hij daarmee het beding heeft overtreden, zien allemaal op werkzaamheden in het kader van brandbeveiliging. Ook het betoog van werknemer dat ten onrechte geen nadere geografische beperking in het beding is opgenomen slaagt niet.

Geheimhoudingsbeding

De kantonrechter heeft geoordeeld dat werknemer eenmaal de boete wegens schending van het geheimhoudingsbeding had verbeurd omdat hij alle prijslijsten van DJI naar zijn privé-e-mailadres had gezonden. Een toereikende verklaring waarom hij deze gegevens naar zijn privé-e-mailadres heeft gezonden, ontbreekt. Het hof onderschrijft het oordeel van de kantonrechter dat deze handelwijze strijdig is met het geheimhoudingsbeding. De grieven gericht tegen de verschuldigdheid van de boeten wegens schending van het concurrentiebeding en het geheimhoudingsbeding falen.

Beroep op matiging

Het hof stelt vast dat een groot gedeelte van de verbeurde boeten ziet op de vervolgboete van € 1000 per dag die werknemer heeft verbeurd omdat hij zich niets aangetrokken heeft van het vonnis in kort geding van 13 mei 2015 en de mening van zijn toenmalige advocaat hoger inschatte dan het oordeel van de voorzieningenrechter. Had hij zich aan deze veroordeling gehouden, dan was het boetebedrag ongeveer € 250.000 lager uitgevallen. Het hof oordeelt dat werknemer geen toereikende omstandigheden heeft gesteld die tot matiging van dit deel van de boete kunnen leiden. Het hof oordeelt dat de omstandigheden die werknemer heeft gesteld geen reden zijn voor matiging van de boeten.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-01-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:122

Zaaknummer: 200.213.405/01

Rechters: J.H. Kuiper, P.S. Bakker en M. Willemse

Advocaten: S. Veenstra en D.R. Corbeek

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

In tas van werkneemster zijn niet afgerekende producten aangetroffen. Onterecht op staande voet ontslagen. Werkgever heeft persoonlijke omstandigheden niet voldoende meegewogen. Ontslag op staande voet is een te zware sanctie. Billijke vergoeding (€ 3.397,84) toegewezen.

Feiten

Werkneemster is op 23 juli 2018 bij werkgever in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, te weten tot 23 februari 2019, in de functie van filiaalleider in opleiding. Werkneemster is een alleenstaande moeder en heeft de zorg voor vier kinderen. Een van de kinderen is verstandelijk gehandicapt. Werkgever kent een huishoudelijk reglement. Op donderdag 20 december 2018 zijn bij werkneemster tijdens de uitgangscontrole in haar tas producten aangetroffen die niet waren aangeslagen op de kassa op haar personeelsnummer, zodat de kosten niet konden worden verrekend met haar salaris. Het betrof vijf chocoladeletters en één pak spritskoekjes. De beveiligingsmedewerker heeft de vestigingsmanager gebeld en gevraagd wat te doen. De vestigingsmanager gaf opdracht de producten in de winkel terug te leggen en gaf aan dat hij de volgende ochtend verder met werkneemster zou praten. Werkneemster heeft haar werkzaamheden de volgende ochtend aangevangen. Tussen 8:00 en 8:30 uur heeft zij gesproken met de vestigingsmanager. Die heeft haar na het gesprek geschorst. Bij brief en e-mail van 27 december 2018 is werkneemster op staande voet ontslagen wegens verduistering. Bij brief van haar gemachtigde van 7 januari 2019 heeft werkneemster bezwaar gemaakt tegen het haar gegeven ontslag op staande voet en onder meer haar persoonlijke omstandigheden toegelicht. Werkneemster heeft onder meer verzocht om toekenning van een billijke vergoeding. De kantonrechter heeft de verzoeken van werkneemster afgewezen. Werkneemster is van deze beschikking in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Dringende reden

Het hof overweegt dat uit niets blijkt dat werkgever de door werkneemster aangevoerde omstandigheden heeft meegewogen bij zijn besluitvorming. Hoewel het hof zich kan voorstellen dat door het gebeurde hoe dan ook het noodzakelijke vertrouwen van werkgever in werkneemster is komen te vervallen, hadden de door werkneemster geschetste omstandigheden naar het oordeel van het hof aanleiding moeten zijn te overwegen of een andere oplossing dan ontslag op staande voet onder aanspraak op de gefixeerde schadeloosstelling, mogelijk zou zijn. Het is immers niet uitgesloten dat de door werkneemster gestelde stress, ten gevolge van de gebeurtenissen en het slechte nieuws over haar gehandicapte dochter eerder die dag, het gebeurde mede heeft veroorzaakt. Niet kan worden uitgesloten dat bij werkneemster de bedoeling ontbrak de goederen te onvreemden maar dat zij daadwerkelijk was vergeten deze op de kassa aan te slaan. Daarbij komt dat de goederen een betrekkelijk geringe waarde vertegenwoordigen. Gelet op deze omstandigheden wordt werkneemster door het ontslag onevenredig zwaar geraakt. Nu deze omstandigheden niet, althans niet kenbaar, zijn meegewogen is het hof van oordeel dat werkgever onvoldoende heeft onderbouwd dat zij onder de gegeven omstandigheden een gerechtvaardigd ontslag op staande voet heeft verleend. Het hof acht onder deze omstandigheden een ontslag op staande voet (met alle gevolgen van dien voor werkneemster) een te zware sanctie. Het ontslag kan daarom geen stand kan houden.

Billijke vergoeding

Nu werkneemster een arbeidsovereenkomst had voor bepaalde tijd die per 23 februari 2019 van rechtswege zou eindigen, is het niet aannemelijk dat – het ontslag op staande voet weggedacht – aan deze overeenkomst door een ontbindingsverzoek door werkgever voortijdig een einde zou zijn gekomen. Anderzijds is, gelet op hetgeen is voorgevallen, evenmin aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst van werkneemster zou zijn verlengd. Dit betekent dat de 'waarde' van de arbeidsovereenkomst van werkneemster is te stellen op het loon dat zij tot 23 februari 2019 zou hebben ontvangen. Hoewel werkgever in de gegeven omstandigheden ten onrechte ontslag op staande voet heeft verleend aan werkneemster, waarin volgens de Wwz-wetgever de ernstige verwijtbaarheid besloten ligt, is er gelet op de overtreding van werkneemster van het huishoudelijke reglement en het belang dat werkgever onmiskenbaar heeft bij strikte handhaving daarvan, geen aanleiding voor een verdere verhoging van de billijke vergoeding. Het hof zal de billijke vergoeding daarom stellen op € 3.397,84 bruto.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3370

Zaaknummer: 200.246.013

Rechters: M.J. van der Ven, C.J. Frikkee en H.J. van Kooten

Advocaten: M.T. Eckart en R. de Regt

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 lid 1 BW en 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Verdenking dat de partner van werkneemster fraude heeft gepleegd, zorgt voor voldragen g-grond. Werkneemster heeft, ook als zij onwetend is geweest, de vruchten van de fraude geplukt. Van werkgeefster kan bovendien niet worden verwacht dat zij werkneemster toelaat tot de werkvloer, waar zij toegang zou hebben tot de IT-systemen.

Feiten

Werkneemster is op 17 november 1997 in dienst getreden bij werkgeefster. Werkneemster heeft een relatie gehad met X. Begin 2019 is die relatie geëindigd. X is ook lange tijd bij werkgeefster in dienst geweest. Kort nadat X per 1 december 2018 uit dienst is gegaan, is werkgeefster tot de conclusie gekomen dat X samen met andere personen jarenlang geld heeft weggesluisd, naar schatting een bedrag van tussen de € 1.5 en € 1.8 miljoen. Werkneemster is in een gesprek op 21 december 2019 op non-actief gesteld. Werkgeefster heeft conservatoir beslag gelegd op de bezittingen van onder andere werkneemster. Werkgeefster heeft ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht primair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. Werkgeefster is in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Werkgeefster heeft aangevoerd dat sprake is van een ernstige vertrouwensbreuk. Werkgeefster verwijt werkneemster niet dat zij heeft gefraudeerd of dat zij rechtstreeks betrokken is geweest bij de fraude door X. Wel is het voor werkgeefster onbegrijpelijk dat werkneemster zich nooit heeft afgevraagd waar het geld vandaan kwam om de levensstijl van X, werkneemster en hun twee kinderen te bekostigen. Werkgeefster heeft daarnaast de indruk dat werkneemster, gezien haar relatie met X, geen medewerking wil of kan verlenen in het fraudeonderzoek. Daarnaast zorgt de fraudezaak voor veel onrust op de werkvloer. Werkneemster betwist hetgeen door werkgeefster is gesteld. Het hof oordeelt dat in het

midden blijven of juist is dat werkneemster op zijn minst argwaan moet hebben gehad over de wijze waarop haar luxueuze levensstijl werd bekostigd. Ook kan in het midden blijven of van werkneemster verwacht kon worden dat zij meer en/of betere medewerking verleende aan het onderzoek. Immers, gebleken is dat de verhoudingen tussen partijen inmiddels onherstelbaar verstoord zijn geraakt, gelet op alles wat er is voorgevallen. Het hof wijst in dit verband onder meer op de jarenlange en grootschalige fraude waarvan X wordt verdacht, waarvan werkneemster mede de vruchten heeft geplukt, ook als zij onwetend is geweest. Verder is van belang dat het onderzoek naar de fraude al een jaar duurt en nog niet is afgerond. Er is inmiddels een gerechtelijke procedure, waarin ook werkneemster wordt aangesproken. Van werkgeefster kan niet verwacht worden dat zij werkneemster onder die omstandigheden toelaat tot de werkvloer, waar werkneemster ook toegang zou hebben tot de IT-systemen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3366

Zaaknummer: 200.263.864/01

Rechters: C.A. Joustra, J.M.T. van der Hoeven-Oud en R.J.F. Thiessen

Advocaten: C.S. Schuurink en P. de Boer

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

RECHTSPRAAK

SB Projects B.V./werknemer

Werknemer heeft zijn geheimhoudingsbeding overtreden door bestanden uit de cloudomgeving te downloaden en te verstrekken aan een derde partij.

Feiten

Werknemer is op 7 september 2016 in dienst getreden van SB Projects. In de arbeidsovereenkomst was een geheimhoudingsbeding opgenomen. Werknemer werd ingezet bij bedrijf X. Tussen bedrijf X en SB-projects is een geschil ontstaan. Bedrijf X was niet tevreden over de kwaliteit van het geleverde werk en liet daarom vele facturen onbetaald. Op 30 november 2016 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst opgezegd. Als reden noemde hij de schending door SB Projects en haar leveranciers van de Code of Conduct van bedrijf X, waaraan hij niet mee wilde werken. Op donderdag 8 december 2016 heeft werknemer de complete inhoud uit Chapoo, de op het project gebruikte cloudomgeving, gedownload; deze zijn terecht gekomen in zijn (privé) Dropbox-account. Op vrijdag 9 december 2016 heeft bedrijf X de overeenkomst met SB Projects ontbonden wegens kort gezegd 'ondermaats projectmanagement'. Op zaterdag 10 december 2016 heeft werknemer aan SB Projects voorgesteld de arbeidsovereenkomst ingaande maandag 12 december 2016 met wederzijds goedvinden te ontbinden. SB Projects heeft daarmee niet ingestemd. Op zondag 11 december 2016 heeft werknemer aan SB Projects bericht zijn arbeidsovereenkomst per direct te beëindigen. Vanaf maandag 12 december 2016 heeft werknemer zijn werkzaamheden voor bedrijf X voortgezet. De ontbinding van de overeenkomst en het onbetaald blijven van facturen heeft geleid tot een arbitrageprocedure tussen SB Projects en bedrijf X.

Oordeel

In zijn tussenbeschikking heeft het hof onder meer geoordeeld dat het ontslag op staande voet onregelmatig was en SB Projects daarom aanspraak kon maken op de gefixeerde schadevergoeding. Werknemer verzoekt het hof terug te komen op deze bindende eindbeslissing. Werknemer wijst er in dit kader op dat het scheidsgerecht in de arbitrageprocedure tussen SB Projects en bedrijf X als voorlopig oordeel heeft uitgesproken

dat SB Projects van bedrijf Y kickbacks heeft bedongen. Het hof overweegt dat het voorlopig oordeel van het scheidsgerecht geen novum vormt dat noopt tot een ander oordeel over de vraag of werknemer een voldoende dringende reden had zijn dienstverband per direct te beëindigen. Niet valt in te zien dat het hof is gebonden aan een voorlopig oordeel van het scheidsgerecht in een andere procedure, over een andere geschil, tussen andere partijen. Maar ook als het hof gebonden zou zijn aan het (voorlopig) oordeel van het scheidsgerecht dat sprake is geweest van door SB Projects van bedrijf Y bedongen kickbacks, zou dat niet nopen tot een ander oordeel over het ontbreken van een dringende reden. De gefixeerde schadevergoeding wordt toegewezen.

Bewijswaardering

Het hof heeft in zijn tussenbeslissing geoordeeld dat SB Projects voorshands heeft bewezen dat werknemer het geheimhoudingsbeding heeft geschonden door de door hem gedownloade bestanden aan bedrijf X ter beschikking te stellen. Om het bewijsvermoeden te ontkrachten heeft werknemer drie getuigen gehoord. Het hof is op basis van de getuigenverklaringen van oordeel is dat de vooronderstelling dat werknemer alle 1901 gedownloade documenten aan bedrijf X ter beschikking heeft gesteld, is ontkracht. Dat neemt niet weg dat de getuigen niets hebben verklaard dat afdoet aan de veronderstelling dat bedrijf X werknemer opnieuw heeft aangesteld om zeker te stellen dat zij – indien nodig – in de persoon van werknemer kon beschikken over de meest recente versie van alle documenten uit Chapoo. Door hieraan mee te werken heeft werknemer onrechtmatig gehandeld. De getuigen hebben naar het oordeel van het hof ook niet het vermoeden ontkracht dat aan X de toegang tot de bouwvergadering van 9 december 2016 is ontzegd, omdat bedrijf X van werknemer de bevestiging wilde dat alle documenten waren veilig gesteld. Tot slot merkt het hof op, dat het hem nog steeds niet duidelijk is, waarom werknemer het nodig vond om in de middag van 8 december 2016 gedurende enkele uren alle documenten van Chapoo te kopiëren naar Dropbox, anders dan om deze zeker te stellen ten behoeve van de afronding van het project voor bedrijf X en deze zo mogelijk te kunnen delen met bedrijf X en/of andere derden.

Overtreding geheimhoudingsbeding, boete

Nu de vooronderstelling dat werknemer alle 1901 documenten aan bedrijf X ter beschikking heeft gesteld en daarmee het geheimhoudingsbeding heeft overtreden, is ontkracht, is het aan SB Projects om te bewijzen dat en zo ja welke gedownloade documenten werknemer aan bedrijf X ter beschikking heeft gesteld. Het hof oordeelt dat werknemer, door niet alle documenten te hebben gewist, zoals hij had gesteld, en de stukken aan bedrijf X in de arbitrageprocedure ter beschikking te stellen zijn geheimhoudingsbeding – niet verschoonbaar – overtreden. Bovendien zijn er tekeningen aan bedrijf X verstrekt door

werknemer, waarmee het geheimhoudingsbeding is overtreden. Werknemer wordt veroordeeld tot betaling van de contractuele boetes.

Verklaring voor recht

Werknemer heeft onrechtmatig heeft gehandeld door bedrijf X te faciliteren de overeenkomst met SB Projects op te zeggen en door het veiligstellen van de bestanden uit Chapoo.

Werknemer is in beginsel gehouden de schade van SB Projects te vergoeden. De verklaring voor recht wordt toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3445

Zaaknummer: 200.218.800/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, M.J. van der Ven en B. Barentsen

Advocaten: J.C. Brökling en Z.H. van Dorth

Wetsartikelen: 150 Rv, 7:650 BW, 7:651 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Geen verval van vakantie-uren van zieke werkneemster bij einde dienstverband. Werkneemster is niet conform de cao Apotheken in de gelegenheid gesteld de vakantie-uren alsnog op te nemen.

Feiten

Werkneemster is in 2007 in dienst getreden van de Apotheek. Laatstelijk was werkneemster werkzaam in de functie van teamleidster. De CAO apotheken is op de arbeidsovereenkomst van toepassing. In de cao is onder meer bepaald dat de werknemer die door omstandigheden buiten zijn wil redelijkerwijs niet in staat is zijn toekomstige vakantie-uren geheel of gedeeltelijk op te nemen, in de gelegenheid wordt gesteld deze alsnog, op een in overleg met de werkgever vast te stellen later tijdstip, op te nemen. Op 3 maart 2016 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Van 26 september 2016 tot en met 15 januari 2017 heeft werkneemster zwangerschaps- en bevallingsverlof genoten. Op 16 januari 2017 heeft werkneemster haar werkzaamheden hervat. Op 18 januari 2017 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Partijen hebben op 27 maart 2017 een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin onder meer is vermeld dat werkneemster per einddatum dienstverband een eindafrekening met opgebouwd vakantiegeld en vakantiedagen ontvangt. Werkneemster heeft verzocht om uitbetaling van 250,26 resterende niet-genoten vakantie-uren. De Apotheek heeft aan dit verzoek geen gehoor gegeven. De kantonrechter heeft de vordering van werkneemster toegewezen. De Apotheek vordert in hoger beroep het bestreden vonnis te vernietigen.

Oordeel

Uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:640a BW blijkt dat de minimumvakantiedagen – als een werknemer deze niet opneemt – een half jaar na het opbouwjaar komen te vervallen. Slechts in bijzondere omstandigheden zal de korte vervaltermijn van het minimumaantal vakantiedagen niet van toepassing zijn. Hiervan kan sprake zijn als een langdurig zieke werknemer die geen re-integratieverplichtingen zijn opgelegd, niet in staat is om minimumvakantie op te nemen. Indien aan een zieke werknemer re-integratieverplichtingen zijn opgelegd, zal hij wel in staat zijn minimumvakantie op te nemen. Indien de zieke

werknemer in die situatie geen vakantiedagen opneemt, geldt de korte vervalt termijn als bedoeld in artikel 7:640a BW. Tot aan het zwangerschapsverlof, dat op 26 september 2016 is ingegaan, heeft werkneemster als gevolg van ziekte geen werkzaamheden in eigen of ander passend werk verricht of kunnen verrichten. Pas na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof in januari 2017 heeft werkneemster haar werkzaamheden enkele dagen hervat, waarna zij vervolgens opnieuw door ziekte is uitgevallen. Niet gesteld of gebleken is dat zij in die periode kon re-integreren. Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat werkneemster in 2016 en de daaropvolgende zes maanden als gevolg van haar ziekte en zwangerschaps- en bevallingsverlof (buiten haar wil) redelijkerwijs niet, dan wel slechts beperkt in staat is geweest minimumvakantie op te nemen. Voor zover zij wel in staat moest worden geacht om minimumvakantie-uren op te nemen, leidt dit echter niet tot het verval van die uren. Immers, niet gesteld of gebleken is dat de Apotheek werkneemster conform artikel 34 lid 6 van de toepasselijke CAO Apotheken 2016-2017 in de gelegenheid heeft gesteld de vakantie-uren alsnog (op een in overleg met de werkgever vast te stellen tijdstip) op te nemen. Deze verplichting van de werkgever volgt ook uit de uitspraken van het Hof van Justitie EU van 6 november 2018 (ECLI: EU:C:2018:872, Kreuziger) en (ECLI:EU:C:2018:874, Max-Planck-Gesellschaft) waarin is bepaald dat de werkgever de werknemer op nauwkeurige wijze en tijdig moet informeren over zijn vakantierechten, zodat deze daar nog gebruik van kan maken, bij gebreke waarvan het recht op vakantie en/of een financiële vergoeding voor niet-opgenomen dagen niet komt te vervallen. Het voorgaande betekent dat de korte vervalt termijn van zes maanden hier niet van toepassing is.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3444

Zaaknummer: 200.242.776/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, S.R. Mellema en H.J. van Kooten

Advocaten: A. Ramsoedh en A. Schippers

Wetsartikelen: 7:640a BW en 25 van de CAO apothekers

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Advocaat-stagiaire, die nog maar kort bij werkgever in dienst was, blaast hoog van de toren door de kwestie van het op zijn naam versturen van e-mails direct bij zijn collega's aan te kaarten en niet eerst met de directie te bespreken. Geen ontslag op staande voet, wel verwijtbaar handelen.

Feiten

Werknemer is op 13 mei 2019 voor de duur van twee jaar in dienst getreden bij werkgever in de functie van advocaat-stagiaire. Op 29 juli 2019 heeft een collega van werknemer een e-mail uit naam van en vanaf het e-mailaccount van werknemer verzonden, zonder dat werknemer hiervan op de hoogte was. Later die dag heeft werknemer per e-mail aan zijn collega's, waaronder de directie van werkgever, kenbaar gemaakt dat en waarom hij het niet accepteert dat er zonder zijn medeweten en instemming vanuit hem e-mails worden gestuurd. Die avond heeft werknemer vernomen dat zijn e-mail uit alle e-mailboxen van de ontvangers was verwijderd. Op 30 juli 2019 is vanuit de directie van werkgever een e-mail gestuurd over het feit dat er kennelijk enige onvrede was ontstaan over de werkwijze met betrekking tot de correspondentie in andermans naam. Nadat werknemer de privé-e-mailadressen van zijn collega's had verzameld, heeft hij de e-mail die dag thuis vanaf zijn privé-e-mailadres naar die privéadressen verzonden. Op diezelfde dag is werknemer door werkgever telefonisch op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt onder meer werkgever te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Oordeel

Werkgever heeft per e-mail van 1 augustus 2019 alle redenen voor het ontslag op staande voet aan werknemer kenbaar gemaakt, hetgeen naar het oordeel van de kantonrechter als onverwijld moet worden aangemerkt. In deze e-mail staat vermeld dat werknemer de belangen van werkgever ernstig heeft geschaad door haar te beschuldigen van het bewust aanzetten tot gedragsrechtelijk verwijtbaar gedrag. Daarnaast heeft werknemer ervoor

gekozen de kwestie direct met het hele team te delen en niet eerst met de directie te bespreken. Verder beschrijft werkgever dat werknemer bezig was om via de privé-e-mailaccounts van de medewerkers de zaak verder te escaleren. Werkgever beschouwt deze handelwijze van werknemer als dusdanig ernstig, schadelijk en verwijtbaar dat sprake is van een niet te herstellen vertrouwensbreuk en meent dat daarom reden is voor ontslag op staande voet. De kantonrechter is van oordeel dat werknemer met het versturen van de e-mail van 29 juli 2019 en het nadien nogmaals versturen van die e-mail aan de privé-e-mailadressen van zijn collega's, verwijtbaar heeft gehandeld. De e-mail van werknemer kan als een beschuldiging van werkgever worden gelezen. Werknemer heeft naar het oordeel van de kantonrechter als advocaat-stagiaire, die nog maar kort bij werkgever in dienst was, ook wel hoog van de toren geblazen door de kwestie van het op zijn naam versturen van e-mails direct bij al zijn collega's aan te kaarten en niet eerst met de directie te bespreken. Hoewel de kantonrechter kan begrijpen dat werknemer verbolgen was over deze verwijdering, had werknemer pas op de plaats moeten maken en de betreffende e-mail zeker niet nogmaals moeten versturen aan de privé-e-mailadressen van zijn collega's. De kantonrechter acht voornoemde handelwijze van werknemer echter onvoldoende om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Het ligt naar het oordeel van de kantonrechter voor de hand dat werknemer slechts de bedoeling had zijn collega's bewust te maken van hun individuele tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. Nu sprake is van een niet rechtsgeldig ontslag op staande voet, is werkgever een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ter hoogte van € 16.402,63 verschuldigd. De kantonrechter is van oordeel dat werknemer met de vergoeding wegens onregelmatige opzegging voldoende wordt gecompenseerd voor het handelen van werkgever. Dit betekent dat de verzochte billijke vergoeding zal worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:4945

Zaaknummer: 8094690 \ EJ VERZ 19-356

Rechters: F. Koster

Advocaten: J.M. de Nooij en F.M. Meis

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Nu het einde van de arbeidsovereenkomst in zicht is, dient het geen doel meer om werknemer voor de resterende, relatief korte periode, nog zijn werk te laten uitvoeren.

Feiten

Werknemer is op 1 december 2016 in dienst getreden bij werkgeefster. Werknemer vordert werkgeefster te veroordelen tot wedertewerkstelling in zijn functie, tot betalen van achterstallig loon vanwege het niet toepassen van een cao-loonverhoging en tot het betalen van een aantal ingehouden bedragen. Werkgeefster betwist de vorderingen en stelt dat sprake is van een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsovereenkomst op grond waarvan werkgeefster in een (andere) procedure ontbinding heeft verzocht. Vanwege die verstoring en omdat de arbeidsovereenkomst naar verwachting zal eindigen, kan werknemer niet terugkeren naar de werkvloer.

Oordeel

Ten aanzien van de vorderingen met betrekking tot het achterstallig loon en de ingehouden bedragen is reeds beslist in de bodemprocedure. Om die reden heeft werknemer geen belang meer bij de voorlopige toewijzing van zijn vorderingen op die punten in kort geding, zodat die vorderingen worden afgewezen. Dat ligt anders voor zover het de vordering tot wedertewerkstelling betreft. Ten aanzien van de vordering tot wedertewerkstelling is de kantonrechter van oordeel dat indien het einde van de arbeidsovereenkomst in zicht is, hetgeen doel meer dient om werknemer voor de resterende, relatief korte periode, nog zijn werk te laten uitvoeren, terwijl hij dat inmiddels ruim een jaar niet meer heeft gedaan. In de verzoekschriftprocedure is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitgesproken, maar er is tevens een intrekkingstermijn gegeven. Wanneer werkgeefster van deze bevoegdheid gebruik zou maken, is het gevolg dat de arbeidsovereenkomst doorloopt en ligt wedertewerkstelling wel voor de hand. De vordering tot wedertewerkstelling zal daarom voorwaardelijk worden toegewezen in die zin dat werkgeefster alleen zal worden veroordeeld om werknemer in staat te stellen zijn gebruikelijke werkzaamheden uit te voeren op het

moment dat werkgeefster ervoor kiest het verzoek tot ontbinding in te trekken.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:10193

Zaaknummer: 8115147 VV EXPL 19-461

Rechters: M. Verkerk

Advocaten: S.D. Nanhoe en V.Y. Merkestein

Wetsartikelen: 254 Rv en 254 lid 6 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werknemer schendt veiligheidsvoorschriften en daarmee het vertrouwen van werkgever door zonder toestemming een dag eerder dan gepland een computerruimte van werkgever in Mumbai te betreden. Ontslag op staande voet te zware maatregel, wel ernstig verwijtbaar handelen.

Feiten

Werkgever is een internationale organisatie die zich bezighoudt met het verzenden van wereldwijde betalingsopdrachten. Werknemer is op 15 december 2016 in dienst getreden bij werkgever in de functie van Senior Security Management Specialist. Werknemer geeft trainingen over beveiligingsmaatregelen aan collega's en ook aan financiële instellingen. In de periode van 25 september tot en met 8 oktober was werknemer ingepland om een werkbezoek uit te voeren aan een computerruimte van werkgever in India te Mumbai. Werknemer was door werkgever per 27 september 2019 tot en met 30 september 2019 aangemeld om deze computerruimte te betreden. Op 26 september 2019, een dag eerder dan gepland, heeft werknemer met twee andere medewerkers de computerruimte van werkgever betreden. Werknemer heeft toen de veiligheidsmaatregelen voor het binnentreden van de computerruimte (de SPV6 procedure) en het Beleid Fysieke Beveiliging (PSP) niet nageleefd. De leidinggevende van werknemer heeft hem die dag medegedeeld dat sprake is geweest van een 'security incident'. Op 1 oktober 2019 is werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt onder meer het ontslag op staande voet te vernietigen. Werkgever verzoekt bij wijze van tegenverzoek onder andere de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens (ernstig) verwijtbaar handelen.

Oordeel

Vast staat dat werknemer de veiligheidsvoorschriften heeft geschonden. Werknemer heeft voordat hij de computerruimte ging betreden werkgever niet gebeld om de reden van het binnentreden te melden. Daarnaast droegen de twee andere werknemers geen badge en

hebben zij zich niet geïdentificeerd. Voorts vroeg werknemer een uur van te voren dit nieuwe tijdstip van zijn bezoek aan. Normaliter dient een dergelijk verzoek 24 uur van te voren te worden gedaan. Dit heeft geleid tot een melding van ongeautoriseerde toegang. De kantonrechter is van oordeel dat het ontslag op staande voet als een te zware maatregel moet worden aangemerkt, mede gezien de ernstige gevolgen daarvan voor werknemer, te weten geen loon en geen aanspraak op socialezekerheidsuitkering. Van belang daarbij is dat werknemer tegenover zijn leidinggevende meteen heeft toegegeven dat hij een misstap had begaan. Een cumulatie van factoren, zoals vermoeidheid, hebben tot deze misstap geleid. Het betreft een menselijke fout en niet is gebleken dat het handelen van werknemer is ingegeven door eigenbelang. Voorts is niet komen vaststaan dat het niet in acht nemen van de veiligheidsregels heeft geleid tot schade bij werkgever. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de gedragingen van werknemer wel een redelijke grond voor ontbinding ex artikel 7:669 lid 3 sub e BW op. Werknemer heeft het vertrouwen van werkgever ernstig geschaad. Van werknemer kan worden verlangd dat hij alle veiligheidsvoorschriften goed kent en correct naleeft. Werknemer kan zich in zijn positie geen misstap veroorloven. Als hij moe en daardoor minder geconcentreerd is, dient hij extra voorzorgsmaatregelen te treffen. Vanwege zijn functie had werknemer een extra zorgplicht om zijn taken goed uit te voeren en het vertrouwen van werkgever niet te schenden. Van werkgever kan dan ook niet verwacht worden de arbeidsovereenkomst met werknemer te laten voortduren. De kantonrechter kwalificeert het voorgaande tevens als ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemer, maar ziet geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 18-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:14222

Zaaknummer: 8150843 EJ VERZ 19-87074

Rechters: G.M.A. van Zaltbommel-Uittenbogaard

Advocaten: E.T. Panneflekk en L. Milders

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub e BW, 7:671b BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Environ Systems B.V./werknemer

Commercieel directeur treedt vooruitlopend op een mogelijke overname en zonder toestemming van werkgever in dienst bij eventuele koper. Schending nevenwerkzaamhedenbeding. Matiging boete.

Feiten

Environ Systems B.V. (hierna: Environ) is een onderneming die zich bezighoudt met de handel in ondergrondse en bovengrondse afvalscheidingssystemen. Werknemer is op 1 september 2008 in dienst getreden bij Environ. Hij was laatstelijk werkzaam in de functie van commercieel directeur met een brutomaandsalaris van € 8.000 exclusief emolumenten. In de arbeidsovereenkomst van werknemer zijn een nevenwerkzaamhedenbeding en een boetebeding opgenomen. Gezien de slechte financiële situatie heeft werknemer op 21 februari 2017 Environ te koop aangeboden aan rechtspersoon A. Begin april 2017 is aan werknemer meegedeeld dat de exclusieve verkooprechten van Environ voor de verkoop van beton en tevens de mallen voor de betonbakken verkocht zijn aan rechtspersoon B. Werknemer heeft aangegeven dat deze verkoop invloed heeft op de overnamegesprekken met rechtspersoon A. In oktober 2017 heeft rechtspersoon A afgezien van de koop van Environ. Werknemer heeft in de periode tussen 3 april 2017 en 2 oktober 2017 in totaal 828 verlofuren opgenomen. In de periode van 1 april 2017 tot en met 31 maart 2018 vervulde werknemer naast zijn dienstverband met Environ tevens fulltime de functie van directeur bij rechtspersoon A. Partijen hebben op 15 januari 2018 een beëindigingsovereenkomst gesloten, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst per 1 april 2018 is geëindigd en werknemer vanaf 1 januari 2018 tot einde dienstverband is vrijgesteld van zijn werkzaamheden. Environ vordert onder meer een verklaring voor recht dat werknemer zijn nevenwerkzaamhedenbeding heeft overtreden en betaling van een boete ter hoogte van € 369.000 van werknemer.

Oordeel

Werknemer was gehouden om aan Environ toestemming te vragen en dit schriftelijk te ontvangen alvorens nevenwerkzaamheden te verrichten. De kantonrechter komt tot de

conclusie dat hiervan niet is gebleken. Met Environ is de kantonrechter het eens dat het onbegrijpelijk is waarom werknemer vooruitlopend op een mogelijke overname door rechtspersoon A al bij deze rechtspersoon in dienst zou moeten treden. Werknemer diende immers in die situatie gelijktijdig twee heren, zowel de koper als de verkoper, die mogelijk tegenstrijdige belangen hebben. Daarbij was de overname in oktober 2017 al definitief van de baan, terwijl werknemer ook na die datum nog in dienst is gebleven bij rechtspersoon A. Ook heeft werknemer in zijn eerste reactie op het vermoedelijke dubbele dienstverband de nevenwerkzaamheden niet erkend of ontkend. In het geval de nevenwerkzaamheden bij rechtspersoon A, zoals werknemer heeft betoogd, in alle openheid werden verricht, valt niet in te zien dat werknemer hier niet aan heeft gerefereerd. Tot slot is het niet vreemd dat Environ niet exact op de hoogte was van de wandelgangen van werknemer. Gelet op het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat werknemer het nevenwerkzaamhedenbeding heeft geschonden. De kantonrechter oordeelt echter dat de gevorderde boete van € 369.000 bovenmatig voorkomt, omdat de werkelijk geleden schade door Environ niet in verhouding staat tot de hoogte van de gevorderde boete. Daartoe is van belang dat Environ vanaf januari 2018 feitelijk niet meer bestaat. Daarnaast staat vast dat werknemer vanaf 1 januari 2018 vrijgesteld is van zijn werkzaamheden. De kantonrechter beschouwt de werkzaamheden die werknemer na 1 januari 2018 bij rechtspersoon A heeft verricht daarom niet als schadeplichtig verrichte nevenwerkzaamheden. De kantonrechter zal werknemer daarom veroordelen tot betaling van een bedrag van € 24.000 voor het overtreden van zijn nevenwerkzaamhedenbeding.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 11-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:10479

Zaaknummer: 7840192 \ CV EXPL 19-8350

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: P.M.D. Weijers en M.P.D. de Mönnink

Wetsartikelen: 6:94 BW

RECHTSPRAAK

Federatie Nederlandse Vakbeweging; werknemers/Federal Express Europe Inc.

Werkrooster met wisselende middagdiensten om de vier tot acht weken valt niet aan te merken als ploegendienst in de zin van de cao voor het Beroepsgoederenvervoer. Uitleg aan de hand van de cao-norm.

Feiten

Federal Express Europe Inc. (hierna: FedEx) is een internationaal transportbedrijf. De afdeling Global Trade Services (hierna: afdeling GTS) houdt zich bezig met de douaneafhandeling. Deze afdeling heeft in Nederland vestigingen in Amsterdam en Eindhoven. Werknemers X en Y zijn in dienst van FedEx en werkzaam bij de afdeling GTS. Op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van FedEx zijn van toepassing de bepalingen van de cao voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen. De FNV is partij bij deze cao. In artikel 36 van de cao is een bepaling opgenomen over de toekenning van een ploegendiensttoeslag. Tot 1 februari 2017 werkte een deel van de medewerkers van de afdeling GTS op basis van een rooster waarin twee van de twaalf aan het rooster deelnemende medewerkers in een periode van twaalf weken iedere vijfde dan wel zesde week een nachtdienst werkten. Deze medewerkers ontvingen een ploegendiensttoeslag voor een tweeploegendienst in de zin van artikel 36 lid 2 van de cao. Per 1 februari 2017 heeft FedEx met instemming van de ondernemingsraad genoemd rooster gewijzigd. Per vestiging geldt een afzonderlijk rooster. Met ingang van de wijziging van de roosters in 2017 heeft FedEx de ploegendiensttoeslag afgeschaft. FedEx is met haar ondernemingsraad een overgangsregeling overeengekomen. De FNV en werknemers X en Y hebben in eerste aanleg gevorderd, kort samengevat, een verklaring voor recht dat de medewerkers die op de afdeling GTS werken conform de door FedEx per 1 februari 2017 ingevoerde roosters, werken in een ploegendienst als bedoeld in artikel 36 lid 1 van de cao en recht hebben op ploegendiensttoeslag. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. De FNV en werknemers stellen zich in hoger beroep onder meer op het standpunt dat wél sprake is van ploegendienst in de zin van de cao.

Oordeel

Aan de hand van de cao-norm heeft de kantonrechter overwogen dat de tekst van de betrokken cao-bepaling uitgaat van ploegen medewerkers die structureel en frequent in een roulersysteem wisselen van diensten. Het begrip ‘ploeg’ wordt niet gedefinieerd in de cao zodat voor de uitleg van dit begrip dient te worden aangesloten bij wat daaronder in het normale spraakgebruik wordt verstaan. Volgens Van Dale Online is dat – in dit verband – ‘een groep van bij elkaar behorende personen’ (personeel). Tussen partijen is niet in geschil dat de ratio van de bepaling is het bieden van een financiële compensatie aan ploegendienstmedewerkers voor het ongemak en de extra werkbelasting die worden veroorzaakt door de frequent terugkerende noodzaak om te wisselen van dienst. Uit de stellingen van partijen leidt het hof af dat voor de betreffende GTS-medewerkers geldt dat zij individueel of in tweetallen gedurende één week per acht (Amsterdam) tot vier (Eindhoven) weken een middagdienst in plaats van een dagdienst werken. Dit komt niet overeen met de bewoordingen van artikel 36 lid 1 van de cao die inhouden dat sprake dient te zijn van ploegen die elkaar afwisselen in ten minste twee diensten per etmaal gedurende vijf dagen per week of tien dagen per twee weken. Het dient als onaannemelijk te worden bestempeld dat de cao-bepaling ook zou strekken tot compensatie van het ongemak en de extra werkbelasting bij incidentele middagdiensten die niet in ploegen wordt verricht. Bovendien dient de tekst van artikel 36 lid 1 te worden gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, waaronder het bepaalde in lid 2 van die bepaling. Dat de ploegendiensttoeslag verschuldigd is over het functieloon en daarmee het maandloon van ploegendienstmedewerkers, maakt het eveneens onaannemelijk dat beoogd zou zijn dat een dergelijke toeslag ook verschuldigd is indien niet in een structureel patroon van telkens een of twee weken in wisselende diensten wordt gewerkt. Gelet op de bewoordingen van de betrokken cao-bepaling, mede gezien in het licht van de ratio van de regeling en de onaannemelijkheid van de rechtsgevolgen bij de uitleg die de FNV en werknemers bepleiten, verenigt het hof zich met het oordeel van de kantonrechter dat de bepaling zo moet worden uitgelegd dat de betrokken werknemers van de afdeling GTS sinds de roosterwijziging met ingang van 1 februari 2017 niet werkzaam zijn in een ploegendienst in de zin van artikel 36 lid 1 van de cao.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4316

Zaaknummer: 200.250.716/01

Rechters: M.L. D Akkaya, L.A.J. Dun en F.J. Verbeek

Advocaten: A.A.M. Broos en G. van Nes

Wetsartikelen: 36 cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen

RECHTSPRAAK

franchisenemers/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel

Franchisenemers van een pizzaketen vallen onder de werkingssfeer van het Besluit verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel. Een pizza is een waar als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit.

Feiten

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel (hierna: Bpf Detailhandel) voert een verplicht gestelde pensioenregeling uit in de zin van de Wet verplichte deelneming in een Bedrijfstakpensioenfonds 2000 voor de sector detailhandel en int de premies van werkgevers die onder de werkingssfeerbepaling van de regeling vallen. Het verplichtstellingsbesluit bepaalt dat de deelneming in Bpf Detailhandel onder meer verplicht is voor de natuurlijke of rechtspersoon die de detailhandel uitoefent. Het begrip detailhandel en het begrip waren zijn in het verplichtstellingsbesluit omschreven. De verschillende franchisenemers exploiteren vestigingen van een pizzaketen. De franchisenemers verkopen op bestelling pizza's en bijgerechten, zoals stokbrood, salade en vleesgerechten. In de vestigingen is ook frisdank en ijs te verkrijgen. De meeste bestellingen worden bezorgd of door de klant afgehaald. In sommige vestigingen kunnen klanten eten. Bpf Detailhandel heeft de franchisenemers verzocht om door invulling van een bedrijfsonderzoeksformulier gegevens te verstrekken om na te kunnen gaan of zij verplicht zijn tot aansluiting. De franchisenemers hebben die gegevens verstrekt. Tussen partijen is vervolgens een geschil ontstaan over de vraag of de franchisenemers onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit vallen of niet.

Oordeel

Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of een pizza een waar is en of er sprake is en moet zijn van de koop en verkoop van dezelfde waren. Voor de uitleg van een bepaling in een verplichtstellingsbesluit geldt de zogenoemde cao-norm. De in het verplichtstellingsbesluit opgenomen definitie van 'waren' sluit een bereide maaltijd niet uit.

Datzelfde geldt voor de taalkundige beschrijving van 'waar' volgens Van Dale. Ook de definitie van 'waar' in de Warenwet is dermate ruim dat hieronder ook bereide maaltijden vallen. Dus ook bewerkte etenswaren zoals pizza's zijn waren in de zin van de Warenwet. Uit het voorgaande volgt dat pizza's zijn te kwalificeren als 'waren' en dus onder de definitie van het verplichtstellingsbesluit vallen. Anders dan de franchisenemers hebben betoogd, is het enkele feit dat in de definitie van detailhandel het woord 'waren' maar één keer wordt gebruikt, naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende om te concluderen dat het bij in- en verkoop om dezelfde waren moet gaan. Van enige aanpassing, zoals bijvoorbeeld ompakken of samenstellen van waren, zal echter al snel sprake zijn. Het verplichtstellingsbesluit bevat geen aanwijzingen dat de door eisers voorgestane beperkte werkingssfeer bedoeld is. Los van het voorgaande is er naar het oordeel van de rechtbank in dit geval sprake van de inkoop en verkoop van dezelfde waren. De franchisenemers kopen deegbolletjes, saus, kaas, vlees en andere ingrediënten in om die na bewerking weer te verkopen als pizza. Het kan zijn dat de chemische samenstelling van de halffabricaten en ingrediënten door de bewerking wijzigt, maar dit rechtvaardigt niet de conclusie dat er andere waren worden ingekocht dan de waren die worden verkocht. Voor sommige andere producten die de franchisenemers verkopen, waaronder frisdranken en ijs, geldt dat deze in het geheel niet worden bewerkt. Aan de omschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel, de sectorindeling door de Belastingdienst en de kwalificaties van andere derden, hecht de rechtbank minder belang dan dat franchisenemers daaraan gehecht willen zien. Doorslaggevend is immers of de feitelijke bedrijfsactiviteiten vallen onder de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit. Er is volgens de rechtbank geen sprake van een uitzondering op de verplichtstelling van deelneming, zoals opgenomen in het verplichtstellingsbesluit. De kern en het zwaartepunt van de bedrijfsactiviteiten van de franchisenemers liggen naar het oordeel van de rechtbank bij de verkoop van pizza's en andere etenswaar aan klanten. De bereiding en de bezorging van maaltijden hebben geen zelfstandige economische functie en worden uitsluitend uitgevoerd ten behoeve van de verkoop aan klanten. De met de bereiding en de bezorging van de maaltijden gemoeide werkzaamheden zijn dan ook dienstbaar aan de verkoop, en de loonsom van het keukenpersoneel en de bezorgers moet aan de verkoop worden toegerekend. Nu de franchisenemers ook in deze procedure onvoldoende feitelijke gegevens hebben verstrekt om aan te kunnen nemen dat zij verplicht zijn tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Horeca & Catering, is niet aannemelijk geworden dat de uitzondering op de verplichtstelling in dit geval van toepassing is.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:6141

Zaaknummer: 6902090 UC EXPL 18-5658 JH/1050

Rechters: P. Krepel, H.A.M. Pinckaers en E.M. de Stigter

Advocaten: mr. dr. J.H. Even, A.W. van Leeuwen en M.W. Minnaard

Wetsartikelen: c.1. Verplichtstellingsbesluit en 3 Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds

RECHTSPRAAK

Twinco Capital M&O Ltd/werknemer

Arbeidsovereenkomst van statutair bestuurder wordt ontbonden op de g-grond voor zover deze niet is geëindigd door vennootschapsrechtelijk besluit. Een wezenlijk verschil van mening op bestuursniveau in een dergelijk klein bedrijf leidt tot een onhoudbare situatie.

Feiten

Twinco Capital M&O Ltd. (hierna: Twinco) is op 20 januari 2017 naar Engels recht opgericht. Werknemer is op 1 september 2018 in dienst getreden bij Twinco. Bij aandeelhoudersbesluit van 14 juni 2019 hebben aandeelhouder 1 en aandeelhouder 2 besloten om ontslag te verlenen aan werknemer als statutair bestuurder van Twinco. In de ontslagbrief worden een verstoorde arbeidsverhouding en disfunctioneren als redenen opgevoerd. Rekening houdend met de geldende opzegtermijn van zes maanden eindigt volgens Twinco de arbeidsovereenkomst met werknemer per 31 december 2019. Twinco verzoekt, voor zover in rechte onvoorwaardelijk komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet op 31 december 2019 eindigt als gevolg van de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke relatie tussen partijen, de arbeidsovereenkomst tussen partijen voorwaardelijk te ontbinden op de d-, g-, of h-grond.

Oordeel

Rechtsmacht en toepasselijk recht

De door werknemer verzochte verklaring voor recht dat het besluit van 24 juni 2019 strekkende tot zijn ontslag als statutair bestuurder van Twinco nietig dan wel vernietigbaar is, heeft betrekking op besluiten van een orgaan van Twinco. Op grond van artikel 24 lid 2 Herschikte EEX-Vo zijn bij uitsluiting bevoegd de gerechten in de lidstaat waar Twinco is gevestigd, derhalve het Verenigd Koninkrijk. Aan de Nederlandse rechter komt op dat punt dan ook geen rechtsmacht toe. De arbeidsovereenkomst van werknemer bevat in artikel 18.1 een rechtskeuze voor Nederlands recht. Dat brengt op de voet van artikel 8 lid 1 jo. 3 lid 1 Rome I met zich dat Nederlands recht van toepassing is.

Het (voorwaardelijk) verzoek van Twincó

Het door Twincó gestelde disfunctioneren van werknemer is door werknemer uitdrukkelijk en gemotiveerd betwist en door Twincó onvoldoende onderbouwd. Bovendien geldt dat, voor zover werknemer al zou disfunctioneren, niet gebleken is dat werknemer door Twincó daarop is aangesproken, laat staan dat hij in de gelegenheid is gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Wat betreft de gestelde verstoorde arbeidsverhouding heeft Twincó met name aangevoerd dat werknemer steeds zijn eigen belang voorop stelt ten koste van het bedrijfsbelang door zijn pogingen betere arbeidsvoorwaarden af te dwingen, terwijl het bedrijf in zwaar weer verkeerde. Vaststaat dat werknemer aan aandeelhouder 1 te kennen heeft gegeven dat hij zijn beloning ondermaats vond en dat hij de wens had om aandeelhouder te worden. Hoewel de handelwijze van werknemer op zichzelf onvoldoende is om te concluderen dat werknemer misbruik heeft willen maken van de positie van Twincó teneinde zijn beloning te verruimen, is alleszins voor te stellen dat de handelwijze bij de overige bestuurders vraagtekens oproept over het belang dat werknemer nastreefde, vooral omdat Twincó zich op dat moment in een financieel kwetsbare positie verkeerde. De overige verwijten die Twincó werknemer maakt, hebben betrekking op zijn werkhouding. Beide partijen hebben hun standpunt onvoldoende onderbouwd. Zodoende kan de rechtbank met de voorliggende stukken niet vaststellen welke partij het gelijk aan zijn zijde heeft. Feit is wel dat Twincó een beginnende onderneming is die nog geen winst heeft gemaakt. Evident is dat een wezenlijk verschil van mening op bestuursniveau en in een dergelijk klein bedrijf niet vol te houden is en tot een onhoudbare situatie leidt, ongeacht de vraag aan welke partij dat (meer) is te wijten. Het verschil van inzicht over de wijze waarop invulling is en moet worden gegeven aan de functie en de wijze van beloning is dusdanig groot, dat niet valt te verwachten dat een mediationstraject daar verandering in zal brengen. Aldus is naar het oordeel van de rechtbank sprake van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van Twincó in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing ligt niet in de rede, gelet op de inhoud van de functie van werknemer en de grootte van Twincó. De rechtbank zal de arbeidsovereenkomst tussen partijen daarom ontbinden op de g-grond onder de voorwaarde dat in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet op 31 december 2019 eindigt als gevolg van de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke relatie tussen partijen.

Het zelfstandig tegenverzoek van werknemer

Werknemer verzoekt onder meer aan hem een billijke vergoeding toe te kennen op grond van artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Werknemer stelt dat Twincó ernstig verwijtbaar jegens hem heeft gehandeld door hem volledig onaangekondigd, zonder redelijke grond en zonder melding te maken van de ontslaggronden te ontslaan. Deze verwijten hebben echter

betrekking op de gebeurtenissen rondom het vennootschapsrechtelijk ontslag van werknemer en kunnen niet worden betrokken bij het arbeidsrechtelijk ontslag. Dat laatste is immers gedurende deze procedure aan de orde gekomen, waarbij de door Twingo aangevoerde gronden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst zijn behandeld. Ook overigens is niet gebleken van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van Twingo. Eerder is het zo dat tussen partijen sprake is geweest van een mismatch. Onder die omstandigheden bestaat voor toekenning van een billijke vergoeding, laat staan in de orde van grootte zoals door werknemer verzocht geen aanleiding, waarbij de rechtbank tevens meeweegt de relatief korte duur van de arbeidsovereenkomst en de omstandigheid dat werknemer, uitgaande van de veronderstelling dat het vennootschapsrechtelijke ontslag niet geleid heeft tot het einde van de arbeidsovereenkomst, tot 1 maart 2020 recht heeft op doorbetaling van salaris, hoewel hij na 24 juni 2019 niet meer gewerkt heeft.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:8668

Zaaknummer: C/10/579707 / HA RK 19-927

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: A.J.P. van Beers en H.L.A. Ko

Wetsartikelen: 7:641b BW, 7:669 lid 1 BW en 7:669 lid 3 sub g BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Grieks Mediterraans Restaurant Mythos B.V.

Ziekmelding van werknemer een half uur voor zijn werktijd levert geen dringende reden voor ontslag op staande voet op. Dat werkgeefster klanten naar huis heeft moeten sturen en het restaurant heeft moeten sluiten komt voor haar rekening en risico.

Feiten

Werknemer is op 16 mei 2019 bij Grieks Mediterraans Restaurant Mythos B.V. (hierna: Mythos) in dienst getreden in de functie van leerling-kok. Werknemer heeft zich op 30 juni 2019 een half uur voor zijn werktijd per Whatsapp ziek gemeld. Daarna was hij telefonisch niet bereikbaar. Mythos heeft werknemer op 3 juli 2019 met terugwerkende kracht op staande voet ontslagen per 30 juni 2019. Mythos stelt dat zij als gevolg van deze wanprestatie van werknemer het restaurant heeft moeten sluiten, klanten naar huis heeft moeten sturen en veel omzetverlies heeft geleden. Het verzoek van werknemer strekt onder meer tot veroordeling van Mythos tot betaling aan hem van een bedrag van € 7.000 bruto aan billijke vergoeding en een bedrag van € 1.548,67 aan schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Oordeel

Voor zover Mythos van mening was dat geen sprake was van arbeidsongeschiktheid door ziekte had het op haar weg gelegen een bedrijfsarts in te schakelen. Mythos dient immers als werkgeefster een oordeel over de geschiktheid van werknemer aan de bedrijfsarts over te laten. Een ziekmelding levert strikt genomen geen wanprestatie op. Wel dient een werknemer redelijke instructies van zijn werkgever op te volgen met betrekking tot het zich ziekmelden en het zich houden aan controlevoorschriften tijdens ziekte. Dat werknemer na zijn ziekmelding van 30 juni 2019 niet meer bereikbaar was, heeft irritatie bij Mythos gewekt. Dit alles neemt in de gegeven omstandigheden niet weg dat van Mythos kon worden gevergd de bedrijfsarts in te schakelen of te volstaan met het treffen van een minder verstrekkende maatregel, zoals het geven van een waarschuwing of het opschorten van het loon. Volgens vaste jurisprudentie levert het enkele feit dat een werknemer weigert de voorschriften omtrent ziekteverzuim op te volgen in beginsel geen dringende reden op, behoudens bijkomende

omstandigheden, die in dit geval niet zijn gesteld of gebleken. Dat Mythos als gevolg van de ziekmelding van werknemer klanten naar huis heeft moeten sturen en het restaurant heeft moeten sluiten komt voor haar rekening en risico. Mythos heeft er zelf voor gekozen om nog maar één (leerling-)kok in dienst te houden. Mythos wordt als werkgeefster geacht daarvan vooraf de implicaties te hebben ingezien. In aansluiting op het voorgaande neemt de kantonrechter de volgende omstandigheden in aanmerking bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding. Mythos heeft werknemer weliswaar onterecht op staande voet ontslagen, maar werknemer zelf kan ook een verwijt worden gemaakt door zich (slechts) een half uur voor werktijd ziek te melden. Gelet op de leeftijd en beroepsgroep van werknemer heeft hij geen ongunstige positie op de arbeidsmarkt. Tevens heeft werknemer verklaard dat hij vanaf 1 september 2019 weer een andere baan heeft, zij het dat het loon lager ligt. Gelet op de hiervoor genoemde gezichtspunten komt het de kantonrechter redelijk voor dat aan werknemer een billijke vergoeding van € 1.500 bruto zal worden toegekend. Bovendien heeft werknemer recht op een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ter hoogte van € 1.548,67.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-10-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:10448

Zaaknummer: 8000268 VZ VERZ 19-17159

Rechters: E.I. Mentink

Advocaten: D. Vermaat

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:672 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Radboud Universitair Medisch Centrum/werknemer

Ontbindingsverzoek afgewezen. Geen sprake van een e-grond of g-grond. Ne bis in idem: verwijtbare feiten zijn al bestraft en nieuwe feiten vormen geen redelijke grond voor ontbinding.

Feiten

Werknemer is per 1 maart 2003 bij het Radboud Universitair Medisch Centrum (hierna: Radboud UMC) in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Op deze arbeidsovereenkomst is de cao Universitair Medische Centra van toepassing. In die cao is een artikel opgenomen dat het aanvaarden van nevenbetrekkingen niet toestaat. Per 1 maart 2012 hanteert het Radboud UMC een Code Conflicterende Belangen (hierna: COI), waarin eveneens ruim aandacht wordt geschonken aan nevenwerkzaamheden. In diverse functioneringsgesprekken is vastgelegd dat werknemer boven verwachting functioneert. Tevens zijn sinds 2012 diverse meldingen in het kader van de COI gemaakt over werknemer. Naar aanleiding van meldingen van 22 december 2016 en 1 oktober 2017 heeft de raad van bestuur besloten werknemer geen toestemming te verlenen om een functie te bekleden in het bedrijf van zijn echtgenote. Per 18 juni 2018 heeft werknemer een plan ter preventie van belangenverstrengeling aan Radboud UMC voorgelegd. Radboud UMC heeft vervolgens bij brief van 23 juli 2018 aan werknemer laten weten dat hij met dit plan heeft voldaan aan de voorwaarden die waren verbonden aan het verlenen van toestemming ten aanzien van de tweede melding. Daarnaast is gebleken dat werknemer tevens een bv heeft opgericht met twee collega's. Radboud UMC heeft op 4 februari 2019 gesommeerd de website van deze nieuwe kliniek uit de lucht te halen, omdat wederom werd gehandeld zonder de vereiste toestemming voor nevenwerkzaamheden. Toen genoemde werknemers om toestemming vroegen heeft Radboud UMC dit op 11 maart 2019 geweigerd. Radboud UMC heeft werknemer vervolgens bij brief van 22 maart 2019 in kennis gesteld van het voornemen om tegen hem de disciplinaire maatregel van schriftelijke berisping op te leggen met de toevoeging dat ontslag volgt, indien hij zich tijdens het bestaan van het dienstverband opnieuw schuldig zal maken aan soortgelijk of enig ander (ernstig) plichtsverzuim. Deze maatregel is op 25 april 2019 daadwerkelijk opgelegd. In de maand mei is over en weer gecommuniceerd omtrent het bezwaar van

werknemer op de disciplinaire straf. De raad van bestuur heeft het bezwaar na verschillende gesprekken en brieven ongegrond verklaard. Radboud UMC verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden wegens verwijtbaar handelen of nalaten, dan wel vanwege een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Verwijtbaar handelen of nalaten

Centraal in het geschil staan de (vermeende) nevenwerkzaamheden van werknemer. De partijen hebben overvloedig aandacht besteed aan de (non)meldingen daarvan bij Radboud UMC. De kantonrechter overweegt dat werknemer tot februari 2019 kon bogen op een langdurig rimpelloos dienstverband bij Radboud UMC. Voor zover er daarna daadwerkelijk iets mis is gegaan in de sfeer van de arbeidsovereenkomst, mag een werknemer in zijn algemeenheid erop rekenen dat dit mede wordt betrokken op en wordt gedempt door eerdere gunstige ervaringen. Waar het gaat om de beoordeling van de e-grond voor ontbinding neemt de kantonrechter de schriftelijke berisping van Radboud UMC van 25 april 2019 tot vertrekpunt. De kantonrechter merkt hier op dat werknemer op 1 oktober 2017 een aanmeldingsformulier had ingediend voor het verrichten van nevenwerkzaamheden in het bedrijf van zijn echtgenote en daarmee al feitelijk was begonnen nog voordat op die melding (pas) op 28 mei 2018 een afwijzende beslissing volgde. Terzijde merkt de kantonrechter op dat werknemer dit niet heeft verheimelijkt maar juist heeft aangekaart bij de afdelingsleiding.

De feiten omtrent het opstarten van een eigen bv mogen in het licht van het ne bis in idem-beginsel niet opnieuw een grond opleveren voor een nieuwe sanctie. De vraag is dan of er na 25 april 2019 zaken zijn gebleken die niet zijn of konden worden meegewogen bij het besluit tot berisping, die bovendien zo ernstig van aard zijn dat door Radboud UMC direct mag worden overgegaan op ontslag. Tijdens de mondelinge behandeling zijn een viertal nieuwe feiten en omstandigheden genoemd. Het zijn deze feiten en omstandigheden die volgens Radboud UMC een herhaald plichtsverzuim opleveren en daarom maken dat sprake is van verwijtbaar gedrag, de e-grond, maar bovendien ook van een structurele vertrouwensbreuk c.q. een verstoorde arbeidsverhouding, de g-grond. De kantonrechter loopt deze feiten na. Ten aanzien van de eigen bv valt niet in te zien wat er na 25 april 2019 nog nieuw is aan die berisping. De aansprakelijkheid van een patiënt levert wel een nieuw feit en tevens een verwijt op. Het (tijdelijk) stoppen met implantaten betreft eveneens een nieuw feit, maar de kantonrechter acht de gekoppelde verwijten hieraan prematuur. Tot slot oordeelt de kantonrechter dat in het dossier onvoldoende aanknopingspunten zijn te vinden omtrent overige nieuwe informatie die door werknemer bewust is achtergehouden. De slotsom is daarmee dat gerekend vanaf 25 april 2019 enkel voor de kwestie van aansprakelijkheid voor

een patiënt aan werknemer een verwijt is te maken. Dat is ongelukkig, maar mag niet als springplank naar een voldragen e-grond worden gebruikt. Dat is disproportioneel. De primaire voor ontbinding aangevoerde grond slaagt dus niet.

Verstoorde arbeidsverhouding

Daarmee komt de kantonrechter toe aan beoordeling van de g-grond. Volgens Radboud UMC is sprake van een structurele vertrouwensbreuk over en weer. Het is echter niet gebleken dat werknemer dit zo ervaart en beleeft. Hoewel de kantonrechter kan aannemen dat de leiding van werknemer een verstoorte arbeidsverhouding beleeft, staat niet vast dat die verstoring in redelijkheid voldoende ernstig en duurzaam is. Het verstoringsaspect valt grotendeels samen met alle verwijten aan het adres van werknemer, terwijl het overgrote deel daarvan nu juist al disciplinair is gestraft. Dezelfde feiten zijn voor een e-grond te licht bevonden. De kantonrechter oordeelt daarom dat zonder bijkomende feiten en omstandigheden geen onhoudbare of onwerkbaar situatie is ontstaan. De kantonrechter is van oordeel dat Radboud UMC haar stellingen in dit verband niet naar behoren heeft geconcretiseerd en al evenmin heeft onderbouwd. Er kan dan ook niet worden aangenomen dat de aanwezigheid van werknemer op het werk problematisch of belastend is in de hiervoor bedoelde zin. Radboud UMC dient zich als goed werkgever te gedragen en te streven naar een rustpunt na de bezwaarprocedures. Pas als daarna in de dagelijkse omgang met elkaar zou blijken dat het verleden een te grote last heeft opgeleverd om te dragen, voor wie dan ook, én als deskundige begeleiding (bijvoorbeeld door een mediator) daarvoor geen soelaas kan bieden en het dus niet lukt om te komen tot een normale gezonde samenwerking, dan is het mogelijk tijd voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond. Daarvoor is het nu dus te vroeg. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen wordt het ontbindingsverzoek afgewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 03-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:85

Zaaknummer: 8026945

Rechters: J.T.G. Roovers

Advocaten: H.A. Hoving en A.M. Stalmeier

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub e BW, 7:66g lid 3 sub g BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

Stichting GSFS Pensionfund/de Staat der Nederlanden

Pensioenfonds verricht nevenactiviteiten. Het is terecht dat het CBb over de invulling van dit verbod geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU. De tekst van de Pensioenwet en de Pensioenrichtlijn zijn duidelijk (acte clair). Tevens hebben de lidstaten een eigen beoordelingsmarge binnen het kader van het Unierecht.

Feiten

Stichting GSFS Pensionfund (hierna: GSFS) is in 2008 opgericht met het doel een aanvullende pensioenvoorziening te bieden voor werknemers of gewezen werknemers van GSFS Asset Management BV. Een onderzoek van De Nederlandse Bank (hierna: DNB) leidde tot de conclusie dat GSFS samen met GSFS Asset Management BV activiteiten verrichtte die niet gerelateerd zijn aan activiteiten in verband met pensioen. De DNB vond dat in strijd met artikel 116 van de Pensioenwet (hierna: Pw). Artikel 116 Pw vormt de implementatie van artikel 7 van Richtlijn 2003/41/EG van de Europese Unie (en per 23 december 2016 Richtlijn (EU) 2016/2341; hierna: de Pensioenrichtlijn). Bij besluit van 31 oktober 2013 heeft DNB aan GSFS een aanwijzing gegeven tot het volgen van een gedragslijn, strekkende tot onder meer beëindiging van alle nevenactiviteiten. GSFS heeft tevergeefs bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Vervolgens is zij tegen de beslissing op bezwaar in beroep gegaan bij de rechtbank. GSFS heeft toen hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). Het CBb oordeelde – kort gezegd – dat de namens GSFS uitgevoerde beleggingsactiviteiten niet kunnen worden beschouwd als activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden en dat GSFS zich met haar beleggingsstrategie niet als pensioenfonds maar als ondernemer gedroeg, zodat sprake was van nevenactiviteiten. Het CBb was de laatste rechterlijke instantie in Nederland die over het besluit van DNB kon oordelen. GSFS verwijt de Staat dat het CBb geen prejudiciële vragen zoals bedoeld in artikel 267 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) heeft gesteld aan het Hof van Justitie EU over de invulling van artikel 7 Pensioenrichtlijn. Volgens GSFS was het CBb als hoogste nationale rechterlijke instantie daartoe verplicht nu artikel 7 Pensioenrichtlijn een open norm is en de implementatie daarvan

in artikel 116 Pw ook. In plaats van vragen te stellen heeft het CBb zelf het verbod op nevenactiviteiten in de zin van artikel 116 Pw ingevuld, en dat in strijd met het Unierecht gedaan. Hierdoor handelde het CBb onrechtmatig jegens GSFS toen het de CBb-uitspraak deed. De Staat is hiervoor aansprakelijk, aldus GSFS.

Oordeel

Het is (uitsluitend) aan het oordeel van de nationale rechter overgelaten om te beoordelen of in de aan hem voorgelegde zaak sprake is van een situatie waarin de verplichting van artikel 267 lid 3 VWEU niet geldt. De wetgever heeft aan de verplichting van artikel 7 Pensioenrichtlijn uitvoering gegeven door middel van artikel 116 Pw. Dit betekent dat GSFS zich *alleen* met activiteiten in verband met pensioenuitkeringen en werkzaamheden die daarmee verband houden mocht bezighouden en dus *niet* met activiteiten en werkzaamheden die daarmee geen verband houden; daarover zijn artikel 7 Pensioenrichtlijn en artikel 116 Pw duidelijk (en in zoverre is sprake van een '*acte clair*'). Artikel 7 Pensioenrichtlijn laat interpretatieruimte, omdat 'activiteiten in verband met pensioenuitkeringen en werkzaamheden die daarmee verband houden' niet nader zijn omschreven. In zoverre betreft het een open norm. Anders dan GSFS betoogt, is het daardoor niet primair aan de rechters in het HvJ EU om het artikel nader in te vullen, maar is het aan de nationale instanties van alle lidstaten overgelaten om de norm in hun land nader te bepalen; de lidstaten hebben een eigen beoordelingsmarge. Die beoordeling zal dienen plaats te vinden binnen het kader dat het Unierecht met artikel 7 Pensioenrichtlijn heeft gegeven. Uit de feitelijke bevindingen bleek voor het CBb dat de door GSFS aangeschafte effecten werden gefinancierd met andere middelen dan de ingelegde pensioenpremies. De omvang van het belegde vermogen overschreed de ingelegde pensioenpremies vele malen en het grootste gedeelte van de baten kwam aan anderen dan de pensioendeelnemers ten goede. Op basis hiervan heeft het CBb geoordeeld dat GSFS zich niet als pensioenfonds maar als ondernemer gedroeg, dat er daarom sprake was van nevenactiviteiten en dat DNB terecht aan GSFS een aanwijzing had gegeven om die nevenactiviteiten te beëindigen. Gelet op die feitelijke bevindingen, de tekst van artikel 116 Pensioenwet en de beoordelingsruimte die door de open norm van artikel 7 Pensioenrichtlijn aan de nationale rechter is gelaten, valt niet in te zien hoe het CBb het Unierecht – ook zonder het stellen van prejudiciële vragen – *kennelijk* heeft geschonden. Bij het oordeel weegt het hof mee dat er geen Unierechtelijke uitspraak (bekend) is waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de feitelijke gedragingen van GSFS uitdrukkelijk wel door een instelling van de Unie zijn toegestaan voor pensioenfondsen in alle lidstaten van de Europese Unie. Het CBb week dus niet af van rechtspraak van het HvJ EU of van nadere Unieregelgeving. Het hof ziet geen aanleiding om prejudiciële vragen aan het HvJ EU voor te leggen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-12-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3423

Zaaknummer: 200.246.871

Rechters: G. Dulek-Schermers, H.J.M. Burg en E. Bauw

Advocaten: Mr. J. Hagers en C.M. Bitter

Wetsartikelen: 116 Pw., 7 Pensioenrichtlijn en 267 VWEU

RECHTSPRAAK

werknemer/Juniper Networks International B.V.

Werknemer is blijvend arbeidsongeschikt voor zijn eigen werk en werkgever heeft zich voldoende ingespannen voor de re-integratie. De openstaande vacature was niet passend of passend te maken voor werknemer. Daarom geen grond voor herstel van arbeidsovereenkomst.

Feiten

Werknemer is op 27 oktober 2003 in dienst getreden bij Juniper Networks International B.V. (hierna: Juniper). Op 20 januari 2016 is werknemer arbeidsongeschikt geraakt, waarna in juli 2016 pogingen tot re-integratie in de eigen functie zijn gedaan (zonder resultaat). De arbeidsdeskundige van Juniper heeft op 23 november 2019 geconcludeerd dat het eigen werk herstelbelemmerend is en daarom niet passend, dat de werkzaamheden niet passend te maken zijn en dat ander passend werk bij de eigen werkgever niet te duiden was. Daarom heeft de arbeidsdeskundige geadviseerd om de re-integratieactiviteiten bij een andere werkgever voort te zetten. In het deskundigenoordeel van het UWV van 23 januari 2017 is geoordeeld dat werknemer ongeschikt was voor zijn eigen werk en dat dit ook op 20 juli 2016 gold. Ook op 29 april 2017 heeft de arbeidsdeskundige van Juniper wederom geconcludeerd dat het eigen werk niet passend te maken was bij de eigen werkgever. Daarbij werd mediation geadviseerd. Deze mediation is zonder resultaat afgerond. Op 29 juni 2017 oordeelde het UWV dat de re-integratie-inspanningen van Juniper voldoende zijn geweest. Vervolgens heeft Juniper werknemer nieuwe taken aangeboden, die zijn geweigerd omdat het deels eigen werk betrof. Naar aanleiding daarvan heeft Juniper loonbetaling gestaakt. Het UWV heeft op 17 oktober 2017 geoordeeld dat de aangeboden arbeid weliswaar passend was, maar dat werknemer een deugdelijke grond had om deze arbeid niet te aanvaarden; Juniper heeft vervolgens de loonstop opgeheven. Uiteindelijk is een WIA-uitkering aangevraagd. Daarbij heeft het UWV geoordeeld dat beide partijen zich voldoende hebben ingespannen voor de re-integratie. Op 11 januari 2018 is een WGA-uitkering toegekend. Vanaf februari 2018 waren er twee open vacatures bij Juniper. Juniper heeft met toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 augustus 2018 opgezegd. Bij de

kantonrechter heeft werknemer herstel van de arbeidsovereenkomst verzocht omdat Juniper zich onvoldoende heeft ingespannen om hem te laten re-integreren en heeft nagelaten om hem in een passende functie te herplaatsen (vanwege de vacatures). De kantonrechter heeft dit verzoek in eerste aanleg afgewezen. Tegen deze beslissing komt werknemer in hoger beroep op.

Oordeel

Allereerst dient te worden beoordeeld of de door werknemer voorgestelde functie (uit de vacature) passend, dan wel binnen een redelijke termijn passend te maken is. Volgens werknemer is de desbetreffende functie een helpdeskfunctie waarin gewerkt wordt zonder deadlines en waarin moeilijke vragen kunnen worden doorspeeld naar een beter toegeruste collega. Daarbij stelt werknemer dat dit zonder opleiding uit te oefenen is. Juniper heeft daarentegen aangevoerd dat de functie allesbehalve voorspelbaar is en dat ervaring en/of opleiding wel degelijk vereist is. Het hof overweegt dat de functiebeschrijving dit standpunt van Juniper onderbouwt. Daarom heeft Juniper voldoende gemotiveerd dat werknemer niet geschikt is voor deze functie. Om die reden concludeert het hof dat de functie qua belasting niet passend (te maken) is voor werknemer. Daarnaast heeft werknemer aangevoerd dat Juniper adviezen niet heeft opgevolgd. Juniper heeft dit gemotiveerd weersproken. Uit verschillende deskundigenoordelen van het UWV blijkt dat Juniper aan haar re-integratieverplichtingen ten opzichte van werknemer heeft voldaan. Gelet daarop had van werknemer verwacht mogen worden dat hij zijn stelling dat Juniper zich niet voldoende heeft ingezet voor zijn re-integratie nader had onderbouwd. Dat heeft hij niet gedaan. De slotsom is dat de grieven niet tot toewijzing van de verzoeken kunnen leiden en aldus falen. De bestreden beschikking zal worden bekrachtigd en het hoger beroep wordt afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-11-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4213

Zaaknummer: 200.257.491/01

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

Advocaten: M. Bathoorn en A.D. Bitterlich-Straver

Wetsartikelen: 7:658a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/UniqueZorg B.V

Ontslag op staande voet aan thuiszorgmedewerkster terecht gegeven. Werkgever heeft fraude in gedeclareerde uren bewezen en dit levert een dringende reden op. Loonvordering toegewezen vanwege onterechte verrekening.

Feiten

Werkneemster is op 11 juni 2018 in dienst getreden bij UniqueZorg B.V (hierna: UniqueZorg) voor de duur van zes maanden op basis van een nulurencontract. In de arbeidsovereenkomst zijn o.a. een relatie- en boetebeding opgenomen. Op 8 oktober 2018 ontvangt UniqueZorg een brief van een cliënt waarin vermeld staat dat hij nooit zorg heeft ontvangen. Op 15 oktober 2018 is werkneemster op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief is als reden hiervoor opgegeven dat werkneemster afspraken niet nakomt en geen zorg aan cliënten heeft verleend, maar wel uren daarvoor heeft gedeclareerd. Werkneemster heeft berust in het ontslag op staande voet en verzoekt de kantonrechter om UniqueZorg te veroordelen tot betaling van achterstallig loon, een gefixeerde schadevergoeding en een billijke vergoeding ter hoogte van € 5.000. Bij wijze van tegenverzoek verzoekt UniqueZorg een verklaring voor recht dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven en betaling door werkneemster van een aantal bedragen, waaronder de boete uit het boetebeding. Daarbij heeft UniqueZorg voorwaardelijk verzocht, voor zover de kantonrechter van mening is dat het ontslag op staande voet geen stand kan houden, om de billijke vergoeding in goede justitie vast te stellen, doch niet op een hoger bedrag dan een bedrag van € 445,84 bruto.

Oordeel

De kantonrechter beoordeelt allereerst of het gegeven ontslag op staande voet rechtsgeldig is verleend. Werkneemster heeft betwist dat sprake is van een dringende reden. Hieromtrent heeft UniqueZorg een bewijsopdracht gekregen, waarbij de kantonrechter heeft opgemerkt dat wanneer fraude (geen zorgverlening terwijl wel zorg door werkneemster is gedeclareerd) bewezen zou worden voor (slechts) één cliënt, het bewijs van het bestaan van de dringende reden geleverd zou zijn en het ontslag op staande voet dus terecht zou zijn gegeven.

Aansluitend heeft de kantonrechter een getuige (de cliënt) gehoord. De kantonrechter is van oordeel dat UniqueZorg daarmee het vereiste bewijs geleverd heeft. Vast is komen te staan dat werkneemster geen zorg verleend heeft aan de cliënt. De kantonrechter heeft geen reden om te twijfelen aan de geloofwaardigheid van de verklaringen van deze man. Er is geen aanleiding om te denken dat de cliënt zou liegen of reden zou hebben om te liegen. Tegenover deze consistente verklaring van de cliënt staat enkel de partijgetuigeverklaring van werkneemster in contra-enquête. Haar verklaring wordt door geen enkel bewijsmiddel ondersteund. Nu door UniqueZorg het bewijs is geleverd dat door werkneemster fraude is gepleegd, betekent dat dat UniqueZorg de arbeidsovereenkomst met werkneemster rechtsgeldig heeft opgezegd (omdat sprake was van een dringende reden). Dit heeft zij met de brief van 15 oktober 2018, die de reden van het ontslag op staande voet bevat, ook onverwijld gedaan. De verzoeken van werkneemster om toekenning van een gefixeerde schadevergoeding en een billijke vergoeding zullen dus worden afgewezen. Het verzoek van werkneemster om loondoorbetaling over september en oktober (tot datum ontslag op staande voet) kan worden toegewezen, omdat onterecht is verrekend. De door UniqueZorg verzochte terugbetaling wordt (deels) toegewezen. Nu enkel vaststaat dat werkneemster ten onrechte zorguren van deze cliënt heeft gedeclareerd, is UniqueZorg slechts gerechtigd die uren van werkneemster terug te vorderen. De verzochte boete komt niet voor toewijzing in aanmerking. Hieromtrent heeft UniqueZorg haar stellingen onvoldoende onderbouwd.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 15-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:5230

Zaaknummer: 7419195 \ HA VERZ 18-110

Rechters: M.J.P. Heijmans

Advocaten: S.T.W. Verhaagh en D. Coskun

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

New Fashions B.V./werknemer

Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig gegeven. Het hanteren van een (korte) opzegtermijn door de werkgever brengt mee dat de opzegging niet onverwijld heeft plaatsgevonden en een subjectief dringende reden voor ontslag op staande voet ontbreekt.

Feiten

Werknemer is op basis van een oproepcontract op 1 juni 2018 voor bepaalde tijd van zeven maanden in dienst getreden bij New Fashions B.V. (hierna: New Fashions). Op 18 oktober 2018 heeft een ruzie plaatsgevonden tussen werknemer en zijn leidinggevende. De leidinggevende heeft de ruzie opgenomen op haar mobiele telefoon en werknemer heeft die mobiele telefoon op enig moment van haar afgepakt. Werknemer is vervolgens door de HR-manager op non-actief gesteld en opgeroepen voor een gesprek op 22 oktober 2018. Na het gesprek heeft werknemer op 23 oktober een brief van New Fashions ontvangen waarin wordt aangegeven dat de arbeidsovereenkomst per 31 oktober 2018 zou worden beëindigd. Bij brief van 26 oktober 2018 heeft werknemer zich tegen dit ontslag verzet. New Fashions blijft echter bij haar besluit. In eerste aanleg heeft de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigd. Tegen dit oordeel en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt New Fashions in hoger beroep op.

Oordeel

Als eerste vraag ligt voor of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is. New Fashions stelt zich op het standpunt dat zij onverwijld heeft opgezegd en de dringende reden voldoende duidelijk heeft gemaakt aan werknemer. Het was werknemer vanaf het moment van de opzegging van de arbeidsovereenkomst op 23 oktober 2018 voldoende duidelijk dat zijn handelen op 18 oktober 2018 door New Fashions ontoelaatbaar werd geacht en dat hij onder geen beding zou kunnen terugkeren binnen de organisatie. Dat New Fashions bij het opzeggen abusievelijk een korte opzegtermijn heeft gehanteerd, maakt niet dat geen sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, aldus New Fashions. Het hof overweegt dat alleen in zeer bijzondere omstandigheden bij de onverwijld opzegging een termijn in acht mag worden genomen. In

hoger beroep is gesteld noch gebleken dat sprake is van zodanige bijzondere omstandigheden dat New Fashions bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst op 23 oktober 2018 een opzegtermijn tot 31 oktober 2018 in acht mocht nemen. Dat New Fashions ten onrechte in de veronderstelling verkeerde dat opzegging tegen het einde van de maand behoorde plaats te vinden, dient naar het oordeel van het hof voor haar rekening en risico te komen, zeker nu New Fashions over een eigen HR-afdeling beschikt en daarmee mag worden geacht de nodige kennis van zaken te hebben. Anders dan New Fashions betoogt, kan ook niet worden gezegd dat voor werknemer voldoende duidelijk moet zijn geweest dat New Fashions heeft beoogd met onmiddellijke ingang op te zeggen. De reden die New Fashions aan het ontslag ten grondslag heeft gelegd, was voor haar kennelijk niet dermate dringend dat zij opzegging van de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang noodzakelijk heeft geacht. Dat werknemer vanaf 23 oktober 2018 feitelijk geen werkzaamheden meer heeft verricht, leidt niet tot een ander oordeel. Gelet op het voorgaande concludeert het hof dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven omdat de opzegging niet onverwijld heeft plaatsgevonden en een subjectief dringende reden ontbreekt. Verder oordeelt het hof dat New Fashions het loon vanaf 26 oktober 2018 verschuldigd is, en dat dit niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De slotsom is dat de grieven in het principaal hoger beroep falen. Het incidentele hoger beroep van werknemer slaagt ten dele.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-10-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3750

Zaaknummer: 200.255.404/01

Rechters: F.J. Verbeek, W.H.F.M. Cortenraad en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: S.M.J. Heeren en S.L. Haasdijk

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Katholiek Voortgezet Onderwijs 'De Breul'

Het niet compenseren van samenloop van zwangerschapsverlof met schoolvakanties levert een ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht op. Werkgever (voortgezet onderwijs) handelt in strijd met artikel 7:646 lid 1 BW. Cao-bepaling in strijd met artikel 3:4 WAZO.

Feiten

Werkneemster is bij Stichting Katholiek Voortgezet Onderwijs 'De Breul' (hierna: De Breul) in dienst getreden op 1 augustus 2011 en is werkzaam als docent biologie. Op haar arbeidsovereenkomst is de Cao voor het voortgezet onderwijs 2016-2017 (hierna: de cao) van toepassing. Op grond van artikel 15.1 lid 1 cao heeft zij aanspraak op vakantie waarvan de totale omvang gelijkgesteld is aan de schoolvakanties plus vijf aanvullende dagen. Artikel 15.1 lid 7 cao bepaalt – kort gezegd – dat samenloop van zwangerschapsverlof met andere schoolvakanties dan de zomervakantie niet wordt gecompenseerd. Werkneemster is op 8 september 2017 met zwangerschapsverlof gegaan. Aansluitend heeft zij bevallingsverlof genoten tot en met 12 januari 2018. Deze periode overlapt met de herfstvakantie (een week) en de kerstvakantie (twee weken). Werkneemster vordert De Breul te veroordelen tot toekenning van de vakantieaanspraken die zij door haar zwangerschapsverlof niet heeft kunnen genieten. Zij legt aan haar vordering onder meer ten grondslag dat het niet compenseren van zwangerschapsverlof tot ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht leidt en dat artikel 15.1 lid 7 cao in strijd is met artikel 3:4 Wet arbeid en zorg (WAZO), welk artikel van dwingend recht is.

Oordeel

Ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht

Werkneemster beroept zich op tal van internationale en Europese verdragen, richtlijnen en handvesten, alsmede op de Awgb en artikel 7:646 BW. De Breul beroept zich op diverse uitspraken van de Hoge Raad over de uitleg van het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel,

waarvan de tekst volgens De Breul exact gelijk is aan de cao-bepalingen die hier aan de orde zijn. Uit die uitspraken volgt volgens De Breul dat geen recht bestaat op compensatie zolang de betrokken werknemer de wettelijke minimumvakantieaanspraken van 20 werkdagen per jaar maar heeft kunnen genieten, hetgeen bij werkneemster het geval is geweest. Naar het oordeel van de kantonrechter kan het beroep van De Breul op deze uitspraken haar echter niet baten, alleen al vanwege het feit dat de cao inmiddels op een relevant punt gewijzigd is. Artikel 15.1 lid 7 cao bepaalt nu immers dat de vrouwelijke werknemer bij samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof met de zomervakantie wel wordt gecompenseerd, maar bij samenloop van andere schoolvakanties en de 5 extra dagen vakantieverlof niet. Anders dan in de door de Hoge Raad berechte gevallen is nu dus geen sprake meer van een sekseneutrale formulering. Er is sprake van direct onderscheid naar geslacht (inmiddels ook vastgelegd in art.7:646 lid 5 BW). Artikel 7:646 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen in onder andere de arbeidsvoorwaarden. Daarvan mag slechts worden afgeweken in de gevallen bedoeld in de leden 2 tot en met 4. Geen van de in die leden genoemde situaties doet zich hier voor. De Breul handelt wat betreft de arbeidsvoorwaarden dus in strijd met het verbod van artikel 7:646 lid 1 BW door aan werkneemster met een beroep op de cao het recht op compensatie te ontfeggen. De kantonrechter neemt bij het voorgaande nog in aanmerking dat het Hof van Justitie EG in de zaak Gómez reeds heeft bepaald dat een werkneemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan gedurende haar zwangerschapsverlof, ook wanneer het zwangerschapsverlof samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie die algemeen bij bedrijfsakkoord is vastgesteld voor het gehele personeel en dat dit ook geldt met betrekking tot een jaarlijkse vakantie die langer is dan het in Richtlijn 93/104/EG bepaalde minimum van vier weken. In voornoemde uitspraak is voorts overwogen dat sprake moet zijn van materiële en niet formele gelijkheid en dat het recht op jaarlijkse vakantie een ander doel heeft dan het recht op zwangerschapsverlof.

Strijd met artikel 3:4 WAZO

Artikel 3:4 WAZO bepaalt dat dagen waarop de werknemer de arbeid niet verricht wegens zwangerschapsverlof niet kunnen worden aangemerkt als vakantie. Omdat schoolvakanties als vakantiedagen gelden, kunnen naar het oordeel van de kantonrechter de dagen waarop een werkneemster zwangerschapsverlof geniet op grond van artikel 3:4 WAZO niet aangemerkt worden als vakantie. Hierbij is niet van belang dat een leerkracht meer vakantiedagen heeft dan het wettelijk minimum. Het recht op vakantie heeft zoals gezegd een ander doel dan het recht op zwangerschapsverlof. De kantonrechter is daarom van oordeel dat de uitsluiting van het recht op compensatie van zwangerschapsverlof dat samenvalt met de schoolvakanties in strijd is met artikel 3:4 WAZO, zodat ook op die grondslag de vordering van werkneemster

moet worden toegewezen.

Conclusie

De Breul wordt veroordeeld tot toekenning van de vakantieanspraken die werknemster door haar zwangerschaps- en bevallingsverlof niet heeft kunnen genieten.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 31-12-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:6288

Zaaknummer: 7575887 UC EXPL 19-2178 AP/1183

Rechters: P. Krepel

Advocaten: J.L. Aarts en M.R.A. Dekker

Wetsartikelen: 7:646 BW, 3:4 WAZO en 15 Cao voor het voortgezet onderwijs 2016-2017