

Nieuwsbrief AR Updates

Nummer 27, 2021

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:6397](#) 30-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1135](#) 29-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1134](#) 29-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1133](#) 29-06-2021

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:6372](#) 29-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1084](#) 22-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1082](#) 22-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1132](#) 22-06-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1806](#) 15-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1225](#) 08-06-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:1226](#) 08-06-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:1475](#) 25-05-2021

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414](#) 05-07-2021

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:2696](#) 30-06-2021

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:3363](#) 29-06-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:6192](#) 25-06-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:6049](#) 18-06-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:4975](#) 17-06-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:5994](#) 17-06-2021

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:6314](#) 15-06-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:5205](#) 11-06-2021

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:2823](#) 10-06-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:4532](#) 19-05-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:6124](#) 10-05-2021

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:3286](#) 12-04-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:4741](#) 11-03-2021

Annotatie

[De aanwijzeregels van de Europese socialezekerheidscoördinatie](#)

A. Zwanenburg

ANNOTATIE

De aanwijsregels van de Europese socialezekerheidscoördinatie

A. Zwanenburg

Annotatie bij Hof van Justitie 20 mei 2021, C-879/19 (Format II)

Inleiding

Een in Polen woonachtige werknemer met de Poolse nationaliteit heeft in het kader van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur in de periode van 20 oktober 2006 t/m 31 december 2009 gewerkt voor het Poolse bedrijf Format. Format is een in Warschau gevestigde onderaannemer die bouwwerkzaamheden uitvoert in diverse lidstaten. De bij deze zaak betrokken werknemer heeft in de uitoefening van zijn dienstverband voor Format gewerkt in twee verschillende lidstaten: hij werkte achtereenvolgens in Frankrijk (vanaf 23 oktober 2006), het Verenigd Koninkrijk (vanaf 5 november 2007) en nogmaals in Frankrijk (vanaf 7 januari 2008).

Deze zaak draait om de vraag welk sociaalzekerheidsrecht van toepassing is op deze internationale arbeidsrelatie. Daarbij gaat het om de interpretatie van en de onderlinge verhouding tussen de verschillende aanwijsregels van het EU-coördinatiestelsel. In deze zaak passeren de hoofdregel (het werklandbeginsel) en de uitzonderingen van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten (in welke gevallen de werknemer onder het socialezekerheidsrecht van respectievelijk de zendstaat van de werknemer dan wel de woonstaat van de werknemer of de vestigingslidstaat van de werkgever valt) de revue. Het *Format II*-arrest vormt hiermee een mooie aanleiding voor een bespreking van en een toelichting op de aanwijsregels van het Europese socialezekerheidsrecht.

Het toepasselijk wettelijk kader

De EU-socialezekerheidsregels zijn gericht op coördinatie. Nu niet is gekozen voor harmonisatie zijn de verschillen tussen de nationale stelsels intact gelaten. Doordat deze verschillen tussen sommige lidstaten aanzienlijk zijn, kan de toepasselijkheid van het ene of

het andere stelsel nogal uitmaken. Zowel de betrokken partijen hebben hierbij een belang (onder meer omdat de vraag waar premies moeten worden afgedragen bepalend is voor de hoogte van de kosten voor arbeid) alsook de lidstaten (onder meer om premies te innen). Een van de belangrijkste taken van het stelsel is dan ook het bepalen van de toepasselijke wetgeving in een grensoverschrijdende situatie.

De regels hiertoe zijn neergelegd in een stelsel van verschillende EU-instrumenten. De belangrijkste instrumenten waren lange tijd Verordening 1408/71 – ook wel de Basisverordening genoemd – en Verordening 574/72 – die de administratief-technische uitvoeringsvoorschriften bevatte voor de toepassing van de Basisverordening en daarom ook wel bekend staat als de Toepassingsverordening. Die verordeningen zijn vele malen gewijzigd en ook het Hof van Justitie heeft met zijn jurisprudentie voor nieuwe inzichten gezorgd, waardoor de toepasselijke regels niet meer inzichtelijk werden geacht. De EU-wetgever heeft er daarom in het begin van deze eeuw voor gekozen het stelsel te moderniseren en te vereenvoudigen. In dat licht zijn de oude verordeningen per 1 mei 2010 vervangen door de nieuwe Basisverordening 883/2004 en Toepassingsverordening 987/2009. Ook deze nieuwe verordeningen zijn inmiddels alweer gewijzigd en bijgewerkt door andere verordeningen. Momenteel wordt in Europa onderhandeld over een herziening van de thans geldende verordeningen, maar dit overleg heeft tot op heden niet in nieuwe regelgeving geresulteerd.[1]

De socialezekerheidscoördinatie is gebaseerd op artikel 48 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), dat voorziet in een verplichting dit thema te regelen ten behoeve van de migrerende werknemer en zijn rechthebbenden. Dit artikel is onderdeel van de regels over de vrijheid van werknemers en heeft ten doel arbeidsmigratie te vereenvoudigen.

Op de arbeidsrelatie die aanleiding gaf tot het *Format II*-arrest zijn temporeel de oude Basisverordening (1408/71)[2] en Toepassingsverordening (574/72)[3] van toepassing. Ik zal evenwel in de bespreking van de aanwijsregels zowel de oude als de nieuwe verordeningen behandelen.[4]

De aanwijsregels onder het coördinatiestelsel

De aanwijsregels zijn terug te vinden in titel II van (zowel de oude als de nieuwe) Basisverordening.

Allereerst is het van belang om op te merken dat het systeem zo is ingericht dat een werknemer slechts onderworpen kan zijn aan de wetgeving van één lidstaat (art. 13 Verordening 1408/71 thans art. 11 onder 1 Verordening 883/2004). Zowel gelijktijdige toepassing van verschillende nationale wettelijke regelingen (en de mogelijke complicaties

daarvan) als het ontberen van enige socialezekerheidsbescherming wordt met deze aanwijlsregels voorkomen. Het stelsel laat geen keuzemogelijkheid voor de lidstaten of de betrokken partijen toe.

De hoofdregel onder beide verordeningen is de *lex loci laboris*, oftewel het werklandbeginsel. Dit houdt in dat een werknemer verzekerd is in het land waar hij zijn werkzaamheden uitoefent, zelfs indien de werknemer in een andere lidstaat woont of zijn werkgever in een andere lidstaat gevestigd is (art. 13 lid 2 onder a Verordening 1408/71 thans art. 11 lid 3 onder a Verordening 883/2004). Deze hoofdregel is ingegeven vanuit het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende gedachte dat alle in een bepaald land werkzame personen onder dezelfde socialezekerheidswetgeving vallen en dezelfde sociale uitkeringen verkrijgen.[5]

Op deze hoofdregel bestaat een aantal uitzonderingen. De meest bediscussieerde uitzonderingen zijn het geval waarin een werknemer wordt gedetacheerd naar een andere lidstaat en het geval waarin een werknemer werkzaamheden verricht in meerdere lidstaten. In deze uitzonderingsgevallen zou een strikte toepassing van het werklandbeginsel kunnen leiden tot het creëren in plaats van het vermijden van administratieve complicaties, zowel voor de werknemer (die nadeel kan ondervinden van verzekeringsbreuken) als voor de werkgever en de socialezekerheidsorganen, waardoor de beoogde uitoefening van het vrije verkeer van werknemers en dienstverrichting zou kunnen worden belemmerd.[6]

De eerste uitzondering heeft betrekking op de situatie van detachering (art. 14 lid 1 onder a Verordening 1408/71 thans art. 12 Verordening 883/2004). Voor een bepaalde periode – onder Verordening 1408/71 betrof dit in beginsel een periode van twaalf maanden;[7] onder Verordening 883/2004 is deze termijn tot 24 maanden verlengd – kan een gedetacheerde werknemer onderworpen blijven aan de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat waaraan hij vóór de detachering onderworpen was.

Aan de toepassing van deze uitzonderingsregel – die volgens het Hof van Justitie strikt moet worden uitgelegd[8] – is een aantal voorwaarden verbonden. Deze volgen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie maar zijn (inmiddels) ook deels gecodificeerd (zie met name art. 14 lid 1 en 2 Toepassingsverordening 987/2009).[9] Behalve de zojuist al genoemde tijdelijkheid (waarbij een werknemer evenmin mag worden uitgezonden om een andere werknemer te vervangen), vereist toepassing van deze uitzondering ook het voortbestaan van een organische band tussen de werknemer en de uitzendende onderneming. Bovendien mag de gedetacheerde werknemer weliswaar zijn aangeworven met het oog op detachering naar een andere lidstaat, maar moet deze voordat hij gedetacheerd wordt wel reeds onderworpen zijn geweest aan de wetgeving van de uitzendende lidstaat.[10] Tot slot dient de detacherende onderneming gewoonlijk actief te zijn in de uitzendende staat, in welk verband artikel 14 lid 2

Verordening 987/2009 preciseert dat het moet gaan om substantiële werkzaamheden die verder gaan dan louter intern beheer (ter voorkoming van postbusconstructies).[11]

De andere uitzondering heeft betrekking op het geval waarin werkzaamheden worden verricht in meerdere lidstaten (art. 14 lid 2 Verordening 1408/71 thans art. 13 Verordening 883/2004). Ik merk hier al op dat deze uitzondering vaak interessanter wordt bevonden, omdat deze uitzondering anders dan de eerste uitzondering (in geval van detachering) niet allerlei beperkingen bevat, althans lijkt te bevatten, bijvoorbeeld in duur van de werkzaamheden. Hierop kom ik terug.

Verordening 1408/71 maakt voor situatie waarin werkzaamheden worden verricht in meerdere lidstaten onderscheid tussen twee groepen werknemers. Werknemers die behoren tot het rijdend, varend of vliegend personeel van een onderneming die internationaal vervoer van personen of goederen per spoor, over de weg, door de lucht of over binnenwateren verricht, zijn in beginsel sociaal verzekerd in de lidstaat waar de werkgever gevestigd is (art. 14 lid 2 onder a).[12] Overige werknemers vallen (blijkens art. 14 lid 2 onder b) onder het socialezekerheidsrecht van hun woonland indien zij hier een deel van hun werkzaamheden uitoefenen of als zij verbonden zijn aan meerdere ondernemingen of werkgevers die hun zetel of domicilie in verschillende lidstaten hebben (sub i) of onder het vestigingsland van de werkgever, indien zij niet wonen op het grondgebied van een van de staten waar zij hun werkzaamheden uitoefenen (sub ii).

Onder Verordening 883/2004 heeft de wetgever ervoor gekozen de gedetailleerde tekst van de vroegere bepaling te vervangen door een algemener geformuleerde bepaling. In de tekst is het onderscheid naar type werknemer niet meer terug te lezen. Gekeken moet worden of de werknemer een *substantieel gedeelte* van zijn werkzaamheden in zijn woonland verricht.[13] Indien dat het geval is, valt de werknemer onder het sociaalzekerheidsrecht van zijn woonland (art. 13 lid 1 onder a Vo 883/2004). Indien dat niet het geval is, dan wijst onderdeel b van lid 1 van artikel 13 het toepasselijk socialezekerheidsstelsel aan. Als de werknemer die geen substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden in zijn woonland verricht slechts voor één werkgever werkzaam is, dan is volgens artikel 13 lid 1 onder b sub i de wetgeving van het land waar die werkgever[14] is gevestigd van toepassing. Indien diezelfde werknemer werkzaam is voor meerdere werkgevers wordt sub ii t/m iv in verdere aanwijzingsregels voorzien.

In de Toepassingsverordening 987/2009 is in artikel 14 lid 5 en 7 (als afspiegeling van verschillende arresten van het Hof van Justitie) nadere invulling gegeven aan artikel 13 Verordening 883/2004, door toe te lichten wat (met name) moet worden verstaan onder degene die ‘in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten’.[15]

Het controlesysteem en de A1-verklaring

Wat ten slotte nog relevant is, voordat kan worden overgegaan op de bespreking van de *Format II*-casus, is dat in het kader van de controle op de naleving van de socialezekerheidsregels in de EU wordt gewerkt met documenten waarin staat aangegeven welke wetgeving op een bepaalde persoon van toepassing is en op welke grond (hetgeen eveneens de rechtszekerheid dient). Hiervoor is de Toepassingsverordening relevant. Onder de oude Verordening 574/72 stonden deze documenten bekend als E101-verklaringen. Onder de nieuwe verordening wordt gesproken van A1-verklaringen. De verklaringen worden afgegeven door het socialezekerheidsorgaan van een lidstaat. In Nederland is de Sociale Verzekeringsbank (SVB) de bevoegde instantie.

Het feitencomplex dat aanleiding gaf tot het Format II-arrest

Een Poolse werknemer verricht op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 20 oktober 2006 t/m 31 december 2009 bouwwerkzaamheden voor de Poolse onderaannemer Format. Op de derde dag na ingang van zijn dienstverband vangt hij zijn werkzaamheden voor Format aan in Frankrijk. Hij werkt onafgebroken in Frankrijk gedurende iets meer dan een jaar. Vervolgens werkt hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Format twee maanden in Engeland, om daarna opnieuw (gedurende bijna twee jaar) in Frankrijk werkzaamheden voor Format te verrichten.

Format heeft bij de hiertoe bevoegde instantie in Polen ('de Poolse SVB') een E101-formulier (vergelijk een A1-verklaring onder het huidige recht) aangevraagd ter bevestiging van het feit dat de werknemer onder het Poolse socialezekerheidsstelsel viel uit hoofde van de arbeid die hij voor Format heeft verricht in periodes waarin deze in Engeland en Frankrijk werkzaamheden uitvoerde. Format had hiertoe aangevoerd dat de zojuist besproken uitzonderingssituaties (van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten) van toepassing zijn. In het geval van detachering (art. 14 lid 1 onder a) zou het Poolse recht van toepassing blijven, en ook ingeval de uitzondering voor werkzaamheden in meerdere landen zou opgaan zou dit leiden tot de toepasselijkheid van het Poolse socialezekerheidsrecht (art. 14 lid 2 onder b sub ii wijst immers naar de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de werkgever (Format) zich bevindt). De Poolse SVB weigerde echter de E101-verklaring af te geven, nu volgens haar geen sprake was van een van deze uitzonderingen (detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten). Daardoor zou de werknemer terugvallen op de hoofdregel (het werklandbeginsel), waardoor deze onder het socialezekerheidsrecht van het land waar is gewerkt – Frankrijk respectievelijk Engeland – zou vallen, alwaar ook de sociale premies moesten worden betaald.

Format en de werknemer zijn tegen het besluit van de Poolse instantie om geen E101-verklaring af te geven in beroep gegaan bij de Poolse rechter. De rechter in eerste aanleg heeft dat beroep verworpen, omdat het met de Poolse SVB van mening was dat de werknemer niet onder de werkingssfeer van de uitzonderingsbepaling voor werkzaamheden in meerdere lidstaten (art. 14 lid 2 onder b) viel maar onder de hoofdregel (het werklandbeginsel; art. 13 lid 2 onder a). Vervolgens is tegen dat oordeel hoger beroep ingesteld, welk beroep is verworpen door de Poolse rechter in tweede aanleg. De Poolse rechter in tweede aanleg heeft zijn besluit (om het beroep te verwerpen) gebaseerd op het arrest *Format* van het Hof van Justitie uit 2012.[16]

Een uitstapje naar Format I

Het betrof in het *Format*-arrest uit 2012 hetzelfde bedrijf (en nagenoeg hetzelfde tijdvak) als in de onderhavige zaak. Wel ging het om een andere werknemer: Kita. Format had Kita – anders dan de werknemer in de *Format II*-zaak met wie slechts één contract voor een langere periode was gesloten – tewerkgesteld op basis van drie tijdelijke arbeidscontracten.

In de arbeidscontracten tussen Format en Kita werd de plaats van arbeid telkens omschreven als: ‘bedrijven en bouwlocaties in Polen en op het grondgebied van de EU (Ierland, Frankrijk, Groot-Brittannië, Duitsland, Finland) volgens de instructies van de werkgever’. In de praktijk had Kita in het kader van zijn eerste en tweede contract uitsluitend in Frankrijk gewerkt en in het kader van zijn derde contract in Finland. Ook hier weigerde de Poolse SVB op enig moment een E101-verklaring af te geven, omdat Kita volgens die instantie geen ‘persoon was die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen’ in de zin van artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71, maar een werknemer die – afhankelijk van de situatie van de werkgever – opeenvolgend op een bouwplaats wordt tewerkgesteld.

Het Hof van Justitie heeft in dit eerste *Format*-arrest verduidelijkt dat het begrip ‘degene die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen’ in artikel 14 lid 2 onder b sub ii Vo 1408/71 *niet* ziet op situaties waarin het verrichten van werkzaamheden in loondienst op het grondgebied van één enkele lidstaat de gebruikelijke situatie van de betrokkene vormt. Nu de werkzaamheden voor Format in elke lidstaat meerdere maanden hadden geduurd, gelet op de aard van het werk – te weten bouwwerkzaamheden – en gelet op het activiteitenprofiel van Format – te weten de uitvoering van bouwwerkzaamheden in verschillende lidstaten – verrichtte Kita in werkelijkheid werkzaamheden op het grondgebied van één enkele lidstaat. Het Hof ging er hierbij van uit dat het telkens om verschillende arbeidsovereenkomsten ging en dat Kita in de context van alledrie de overeenkomsten na beëindiging van de werkzaamheden onbetaald verlof kreeg.

Evenmin viel Kita onder de detacheringsregel. Een van de vereisten voor de toepassing van deze regel is immers dat de werkgever zijn activiteiten voornamelijk uitoefent in de staat waar hij is gevestigd. Format oefende haar activiteiten echter niet voornamelijk uit in Polen, waardoor de vlieger van artikel 14 lid 1 onder a Vo. 1408/71 evenmin op ging.

Nu geen sprake was van een van de uitzonderingsgevallen viel Kita daarmee dus binnen de werkingssfeer van de hoofdregel (het werklandbeginsel, art. 13 lid 2 onder a Verordening 1408/71).

De prejudiciële vraag in Format II

De Poolse rechter in tweede aanleg in de *Format II*-zaak had dus in gelijke zin als *Format I* geoordeeld dat de Poolse werknemer onder de hoofdregel viel en dus onderworpen was aan de wetgeving van de lidstaat waar hij zijn werkzaamheden uitoefende. Format stelde tegen dit oordeel cassatie in.

De cassatierechter in Polen had ondanks het zojuist besproken *Format I*-arrest nog twijfels over de juiste uitleg van de bepaling over werkzaamheden in meerdere lidstaten van artikel 14 lid 2 Vo 1408/71 op onderhavige casus. Deze twijfel is ingegeven door een verschil in de feiten tussen *Format I* en *Format II*. Kita – de werknemer uit *Format I* – had in meerdere lidstaten gewerkt op basis van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten en had gedurende elk van deze overeenkomsten uitsluitend op het grondgebied van een van die lidstaten werkzaamheden verricht (onder contract 1 en 2 in Frankrijk, onder contract 3 in Finland). De werknemer in de *Format II*-zaak had op basis van één enkele arbeidsovereenkomst gedurende onmiddellijk op elkaar volgende tijdvakken werkzaamheden in loondienst verricht op het grondgebied van twee verschillende lidstaten (in Frankrijk en Engeland).

De Poolse cassatierechter stelt de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie: ‘Is art. 14 lid 2 Vo 1408/71 van toepassing op een werknemer die in het kader van één enkele arbeidsovereenkomst die is gesloten met één enkele werkgever en die in de uitoefening van een beroepsactiviteit in meerdere lidstaten voorziet, gedurende meerdere opeenvolgende maanden uitsluitend op het grondgebied van elk van deze lidstaten werkzaamheden verricht?’

Hof van Justitie in Format II

Het Hof van Justitie toetst het feitenrelaas van de *Format II*-zaak (voor zover deze uit de verwijzingsbeslissing blijkt) aan het stelsel van aanwijzingsregels, met name aan de uitzondering van werkzaamheden in meerdere lidstaten.

Werkzaamheden in meerdere lidstaten

Om te beoordelen of een persoon dient te worden beschouwd als een persoon die werkzaamheden in loondienst op het grondgebied van twee of meer lidstaten pleegt uit te oefenen, of het daarentegen ‘slechts’ gaat om werkzaamheden die af en toe zijn verdeeld over het grondgebied van meerdere lidstaten, moeten blijkens eerdere rechtspraak van het Hof in het bijzonder de volgende elementen worden betrokken:

(1) de duur van de tijdvakken en de aard van de werkzaamheden in loondienst zoals die zijn vastgelegd in de contractsdocumenten, alsook:

(2) in voorkomend geval, de daadwerkelijk uitgeoefende werkzaamheden, met name:

- a. de wijze waarop de tussen werkgever en de betrokken werknemer gesloten arbeidsovereenkomsten in de praktijk in het verleden zijn uitgevoerd;
- b. de omstandigheden waaronder deze overeenkomsten zijn gesloten en;
- c. meer in het algemeen, de kenmerken en wijzen van uitvoering van de door de betrokken onderneming verrichte werkzaamheden.

De Poolse cassatierechter had niet gepreciseerd welke gegevens de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en Format bevat, met name wat betreft de plaatsen waar de door betrokkene uitgeoefende werkzaamheden worden verricht en de duur van die werkzaamheden. Over de feitelijke uitvoering kon wel een en ander uit het dossier worden opgemaakt.

Uit het dossier lijkt volgens het Hof van Justitie te volgen dat de werknemer zijn werkzaamheden achtereenvolgens in twee lidstaten heeft uitgeoefend (in Frankrijk en in Engeland) maar dat de ononderbroken tijdvakken van werkzaamheden in de eerste lidstaat (Frankrijk) respectievelijk ongeveer dertien maanden en bijna twee jaar bedroegen, met een tussenliggend tijdvak van ongeveer twee maanden in de tweede lidstaat (Engeland). Volgens het Hof heeft de werknemer in het kader van zijn arbeidsovereenkomst met Format nagenoeg al zijn werkzaamheden in één enkele lidstaat verricht (namelijk in Frankrijk). In *Format I* had het Hof van Justitie al vastgesteld dat wanneer iemand *gewoonlijk* werkzaamheden in loondienst verricht op het grondgebied van één lidstaat, deze persoon niet onder de werkingssfeer van artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71 valt. De werknemer in de *Format II*-zaak kan dan ook niet onder artikel 14 lid 2 vallen.

Het Hof onderbouwt deze keuze verder aan de hand van het stelsel van de aanwijsregels – waarbij het werklandbeginsel de *hoofregel* is en de aanwijsregels in het geval van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten een *afwijking* (de *lex specialis*). De afwijkingen

moeten volgens het Hof strikt worden uitgelegd.

Het Hof benadrukt in dat kader dat de wetgever in het geval van detachering heeft verduidelijkt dat een tijdelijke en kortstondige detachering van een werknemer in een andere lidstaat *gedurende maximaal twaalf maanden* een uitzondering rechtvaardigt op de hoofdregel. Ten behoeve van een coherente uitleg van artikel 14 lid 1 onder a (de detacheringsuitzondering) en artikel 14 lid 2 (werkzaamheden in meerdere lidstaten) legt het Hof van Justitie artikel 14 lid 2 zo uit dat een werknemer wordt geacht op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst te verrichten voor zover de duur van de ononderbroken tijdvakken van werkzaamheden in elk van deze lidstaten *niet meer dan twaalf maanden bedraagt*. Volgens het Hof van Justitie kan alleen met een dergelijke uitlegging worden voorkomen dat het werklandbeginsel wordt omzeild.

In de casuspositie die aanleiding gaf tot *Format II* had de betreffende werknemer meer dan twaalf maanden ononderbroken in Frankrijk gewerkt. Artikel 14 lid 2 onder b Vo. 1408/71 is op die werknemer dan ook niet van toepassing.

Is dan de detacheringsuitzondering van toepassing?

Het Hof van Justitie gaat ook nog in op de vraag of dan eventueel de detacheringsregel (art. 14 lid 1 onder a Vo 1408/71) van toepassing is op de werknemer in *Format II*. Het Hof van Justitie acht dit op het eerste gezicht evenmin het geval. Alleen een onderneming die op het grondgebied van de lidstaat van vestiging doorgaans activiteiten van betekenis verricht, komt immers in aanmerking voor het voordeel van de in die bepaling voorziene uitzondering. In casu preciseert de verwijzingsbeslissing niet of *Format* hieraan voldoet, maar aangezien uit het *Format I*-arrest al volgde dat *Format* in dezelfde tijdsperiode geen werkzaamheden van betekenis verrichtte in Polen zal deze uitzondering met betrekking tot de werknemer in *Format II* naar verwachting evenmin soelaas bieden.

Conclusie: hoofdregel van het werklandbeginsel is van toepassing

Nu de uitzonderingen (werkzaamheden in meerdere lidstaten en detachering) niet op (lijken te) gaan, wordt teruggevallen op de hoofdregel (het werklandbeginsel).

Commentaar

Het arrest illustreert hoe het stelsel van aanwijsregels in de EU-socialezekerheidscoördinatie werkt. De hoofdregel is dat de werknemer sociaal verzekerd is in de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgevoerd. Van deze hoofdregel kan in bepaalde bijzondere situaties worden afgeweken. Zo zijn er speciale aanwijsregels voor detachering en het verrichten van

werkzaamheden in meerdere lidstaten. Een situatie moet dan wel onder de reikwijdte van die speciale regels vallen. In het *Format II*-arrest gaat het Hof van Justitie in op de regeling ingeval werkzaamheden in meerdere lidstaten worden verricht. Het resultaat van deze specifieke zaak (Format mag geen socialezekerheidspremies afdragen in Polen omdat de werknemer niet onder de uitzondering van werkzaamheden in meerdere lidstaten valt) is gelet op het *Format I*-arrest en andere rechtspraak niet heel verrassend.

Wel opmerkelijk aan dit arrest is dat het Hof van Justitie in het geval van werkzaamheden in meerdere lidstaten een termijn van twaalf maanden hanteert. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de detacheringsregeling waar (onder de oude Verordening) eveneens een temporele bovengrens van twaalf maanden wordt aangehouden. Advocaat-generaal Mazák had dit in zijn conclusie voor *Format I* reeds geopperd (zie punten 55 en 56), maar het Hof had dit in zijn arrest in 2012 niet expliciet overgenomen. In *Format II* merkt het Hof dus wel nadrukkelijk op dat een werknemer die opeenvolgende tijdvakken werkzaam is in verschillende lidstaten moet worden geacht onder de uitzondering van artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71 te vallen voor zover de duur van een periode van ononderbroken arbeid in elk van de lidstaten niet meer dan twaalf maanden bedraagt.

Dit betekent dat de regeling niet meer van toepassing wordt geacht in gevallen waarin meer dan twaalf maanden onafgebroken in één lidstaat wordt gewerkt, zoals in dit geval de werknemer voor Format meer dan een jaar onafgebroken in Frankrijk had gewerkt. Omgekeerd lijkt dit te impliceren dat de regeling voor werkzaamheden in meerdere lidstaten wel van toepassing is wanneer er korter dan twaalf maanden (bijvoorbeeld elf maanden of precies twaalf maanden) achtereenvolgens in verschillende lidstaten wordt gewerkt. Indien de werknemer in de *Format*-zaak bijvoorbeeld elf maanden in Frankrijk had gewerkt, vervolgens elf maanden in Engeland en daarna weer elf maanden in Frankrijk, kan worden geredeneerd dat de werknemer wel onder de regeling voor werkzaamheden in meerdere lidstaten valt. Daarmee zou het voor een bedrijf als Format lonen om op de temporele bovengrens in te spelen. Door de toepasselijkheid van de regeling van werkzaamheden in meerdere lidstaten wordt de vestigingsplaats van de werkgever (of de woonstaat van de werknemer indien in die staat werkzaamheden worden verricht) immers leidend. Betaling van sociale premies in die lidstaat (in het geval van Format: Polen) kan tot een (groot) kostenvoordeel leiden ten opzichte van de toepasselijkheid van de hoofdregel als gevolg waarvan premies moeten worden betaald in de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgevoerd (in de *Format II*-zaak: Frankrijk en Engeland). Als de werkgever dit met een maximale tewerkstelling van twaalf maanden in verschillende lidstaten kan bewerkstelligen, dan loont het om het roulatiesysteem hierop af te stemmen. Indien de temporele bovengrens de enige voorwaardelijke factor is voor de toepasselijkheid van de werkzaamheden in meerdere

lidstaten-regeling, lijkt dit dus mogelijkheden te bieden voor een bedrijf als Format.

In dit arrest kan wellicht ook ruimte worden gezien om anders te redeneren. Ik licht dit toe. De termijn van twaalf maanden is niet terug te vinden in de uitzonderingsbepaling van werkzaamheden in meerdere lidstaten zelf. Artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71 zelf legt immers geen beperkingen in de tijd op. Dit is anders bij de detachingsregeling. Daar is de periode van twaalf maanden door de wetgever opgenomen in de tekst van artikel 14 lid 1 onder a Vo. 1408/71. Het Hof redeneert dat de wetgever daarmee kennelijk van mening was dat een tijdelijke en kortstondige detachering van een werknemer in een andere lidstaat gedurende maximaal twaalf maanden een uitzondering op de hoofdregel rechtvaardigt. Onder het mom van ‘een coherente uitlegging’ van beide uitzonderingen, zoekt het Hof voor een nadere bepaling van de werkingssfeer van de uitzondering voor werkzaamheden in meerdere lidstaten dus aansluiting bij de tijdelijkheid van de detachingsregeling. Dit roept de vraag op of de ‘coherente uitleg’ kan worden doorgetrokken naar andere vereisten die wel gelden voor de detachingsregeling, maar waarvan (in ieder geval nog) niet is uitgemaakt dat zij ook gelden ingeval werkzaamheden in meerdere lidstaten worden verricht.

Zo is de toepasselijkheid van de Detachingsrichtlijn onder meer verbonden aan de voorwaarde dat de detachende onderneming doorgaans activiteiten van betekenis dient te verrichten in de lidstaat waar zij gevestigd is. Kan met een beroep op de ‘coherente uitleg’ dan wellicht worden bepleit dat van een onderneming die een beroep doet op de uitzonderingsbepaling voor een werknemer die werkzaamheden verricht in meerdere lidstaten zoals Format, tevens wordt vereist dat deze doorgaans activiteiten van betekenis dient te verrichten in de vestigingslidstaat? Indien dat zo is, dan zou Format, ook indien het werknemers telkens elf maanden opeenvolgend tewerkstelt in verschillende lidstaten (waarmee de temporele bovengrens niet wordt overschreden) alsnog geen premies mogen afdragen in Polen. Format verrichtte immers geen werkzaamheden van betekenis in Polen, zo heeft het Hof van Justitie reeds vastgesteld in zijn arrest in het kader van de toepasselijkheid van de detachingsregeling.

In de Nederlandse politiek is al eens voorgesteld om de eisen voor werken in meerdere landen in lijn te brengen met de (strengere) eisen voor detachering.[17] Het zou interessant zijn als het Hof van Justitie zich hierover nader zou uitlaten. In een recente Nederlandse zaak (rondom transportonderneming AFMB die de zogenoemde Cyprusroute hanteerde) had de Centrale Raad van Beroep het Hof hiertoe uitgenodigd (zie prejudiciële vraag 2: ‘Kunnen de vereisten in geval van detachering naar analogie worden toegepast op de onderhavige kwestie waar transportwerkzaamheden worden verricht in meerdere lidstaten?’).[18] Omdat het Hof van Justitie de zaak uiteindelijk op de eerste prejudiciële vraag afdeed, is het niet aan de beantwoording van de tweede vraag toegekomen.[19] Advocaat-generaal Pikmaë ging op deze

vraag in zijn conclusie bij dit arrest echter wel in en concludeerde nog dat de voorwaarden voor detachering niet naar analogie konden worden toegepast.[20] Niet uit te sluiten valt dat over deze kwestie nog nader geprocedeerd zal worden.

Al met al bevestigt het Hof van Justitie in dit arrest dus de verhouding tussen de hoofdregel (inhoudende het werklandbeginsel) van het coördinatiestelsel enerzijds en de uitzonderingen van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten anderzijds, maar geeft het nog genoeg ruimte voor debat over de onderlinge verhouding van de uitzonderingen van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten. Opmerking verdient tot slot ook nog dat waar artikel 14 lid 1 onder a Verordening 1408/71 nog uitging van een detacheringsperiode van twaalf maanden, de huidige Verordening (die geldt vanaf 1 mei 2010) uitgaat van een periode van 24 maanden. Dit roept de vraag op welke periode moet worden aangehouden indien de nieuwe verordening temporeel van toepassing is.

Amber Zwanenburg

Amber Zwanenburg is promovenda aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zij is sinds 2016 werkzaam voor deze universiteit als wetenschappelijk docent. Momenteel verricht zij promotieonderzoek naar schijnconstructies in het nationale en grensoverschrijdende arbeidsrecht. Daarnaast is Amber research editor van het Tijdschrift Arbeidsrecht in Context.

[1] De meest recente tekst is een voorlopig akkoord tussen de Commissie, het voorzitterschap en het Europees Parlement. De onderhandelingen zijn in het voorjaar van 2019 gestrand doordat een blokkerende minderheid van lidstaten (waaronder Nederland) tegen het in de trilogie bereikte voorlopig akkoord stemde. De trilogie zijn daarna hervat, maar het is nog niet gelukt om een akkoord over de herziening van de verordening te bereiken. Zie voor een recente update over de voortgang van de onderhandelingen en de Nederlandse inzet hierbij de Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 1 juli 2021, *Kamerstukken II 2020/21*, 21501-31, nr. 622.

[2] Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996 (*PbEG* 1997, L 28/1) zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1606/98 van de Raad van 29 juni 1998 (*PbEG* 1998, L 209/1), hierna: Verordening 1408/71.

[3] Verordening 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 (*PbEG* 1972, L 74/1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 647/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 13 april 2005 (*PbEU* 2005, L 117/1), hierna: Verordening 574/72.

[4] Voor de Basisverordening heb ik hierbij Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEU* 2004, L 166, zoals laatstelijk gewijzigd op 20 juni 2019, *PbEU* 2019, L 186 (i.w.tr. 31 juli 2019), hierna Verordening 883/2004, voor ogen. Voor de Toepassingsverordening betreft dit: Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, zoals laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EU) 2017/492 van de Commissie van 21 maart 2017 (*PbEU* 2017, L 76/13), hierna: Verordening 987/2009.

[5] Preambule 17 Verordening 883/2004 en HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 (*Alpenrind*), r.o. 97 en 98.

[6] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 4 oktober 2012, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606 (*Format*), r.o. 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak en HvJ EG 25 oktober 2018, zaak C-451/17, ECLI:EU:C:2018:861 (*Walltopia*), r.o. 38-39.

[7] Deze periode was wel verlengbaar met nogmaals twaalf maanden na toestemming van het bevoegde orgaan van de lidstaat van ontvangst.

[8] HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 (*Alpenrind*), r.o. 95.

[9] Zie verder nog Besluit nr. A2 van 12 juni 2009 van de Administratieve Commissie, *PbEU* 2010, C 106/5 (hierna: Besluit A2). Voor verdere toelichting en ter illustratie kan verder nog worden gewezen op de Praktische Gids over de toepasselijke wetgeving van de Administratieve Commissie van december 2013, te raadplegen via: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=nl> (hierna: Praktische Gids) (meer specifiek p. 7-21). Besluit A2 en de Praktische Gids hebben geen bindende rechtskracht.

[10] Besluit A2 geeft (in punt 1, vierde alinea) bij wijze van indicatie aan dat een werknemer die gedurende ten minste een maand onderworpen is geweest aan de wettelijke regelingen van de lidstaat waar zijn werkgever gevestigd is, geacht kan worden te hebben voldaan aan de voorwaarde dat hij reeds onderworpen dient te zijn geweest aan de wetgeving van de uitzendende lidstaat.

[11] Zie hierover recent nog HvJ 3 juni 2021, C-784/19, ECLI:EU:C:2021:427 (*Team Power Europe*). In dit arrest heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat een uitzendbureau slechts kan worden geacht ‘zijn werkzaamheden normaliter in een lidstaat te verrichten’ als het een aanzienlijk deel van zijn werkzaamheden bestaande in de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten verricht voor inlenende ondernemingen die in diezelfde lidstaat zijn gevestigd en aldaar hun activiteiten uitoefenen. Het volstaat niet dat een uitzendbureau zich in zijn lidstaat van vestiging bezighoudt met de werving en selectie van uitzendkrachten om het te kunnen beschouwen als een uitzendbureau dat daar ‘substantiële werkzaamheden’ verricht.

[12] Er wordt wel in een aantal uitzonderingen voorzien (zie art. 14), maar deze laat ik hier buiten beschouwing nu deze niet relevant waren in de hier te bespreken zaak en ondertussen ook niet meer van toepassing zijn.

[13] Zie art. 14 lid 8 Vo. 987/2009 en Praktische Gids p. 30 e.v. Een *substantieel gedeelte* van de werkzaamheden verricht in een lidstaat betekent dat een kwantitatief substantieel deel van alle werkzaamheden daar wordt verricht, welke beoordeling mede gebeurt op grond van de criteria arbeidstijd en/of het loon. Indien 25% van de arbeidstijd van een werknemer in de lidstaat van de woonplaats wordt besteed en/of ten minste 25% van zijn loon in de lidstaat van de woonplaats wordt verdiend, dan geldt dit als indicatie dat een substantieel gedeelte van alle werkzaamheden van de werknemer in die lidstaat wordt verricht.

[14] In zijn arrest van 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 (*AFMB*) heeft het Hof van Justitie verduidelijkt hoe het begrip ‘werkgever’ in de zin van deze bepaling (en overigens ook in de zin van art. 14 Vo. 1408/71) dient te worden uitgelegd. Zie voor een bespreking van dit arrest: A. Zwanenburg en F. van Overbeeke, ‘Legitimiteit van kostenbesparende bedrijfsmodellen in het internationale wegtransport’, *Tijdschrift Arbeidsrecht in Context* 2021, afl. 1.

[15] Zie in dit verband ook de voorbeelden die ter illustratie zijn opgenomen in de Praktische Gids (p. 26-30). Voorbeeld 1 op p. 28 van de voornoemde Praktische gids toont gelijkenissen met de situatie die aanleiding gaf tot het hierna nog te bespreken *Format I*-arrest.

[16] HvJ EU 4 oktober 2012, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606 (*Format*).

[17] Actieplan bestrijden van schijnconstructies, bijlage bij brief van minister L.F. Asscher aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 11 april 2013, met referentie 2013-0000044872, p. 8.

[18] CRvB 20 september 2018, nr. 16/2910 AOW-P, ECLI:NL:CRVB:2018:2878.

[19] HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 (*AFMB*).

[20] Conclusie A-G Pikmäe, ECLI:EU:C:2019:1010 (*AFMB*), punt 64-71.

RECHTSPRAAK

Wibra mag werknemers de tijdens de lockdown geregistreerde min-uren laten inhalen. Cao-bepaling over min-uren niet in strijd met artikel 7:628 BW. Geen strijd met goed werkgeverschap door tevens gebruik te maken van NOW-subsidie.

Feiten

Wibra is een kleinhandel in textielproducten, schoenen, lederwaren en huishoudelijke artikelen. Op de arbeidsovereenkomsten van haar werknemers is de cao Retail Non-food (hierna: de cao) van toepassing verklaard. In artikel 4 van de cao is bepaald dat werknemers een flexibel contract kunnen hebben. Werknemers met een flexibel contract moeten een gemiddeld aantal uren per week werken, waarvoor zij een vast loon ontvangen. Aan het einde van het jaar worden – kort gezegd – te veel gewerkte uren alsnog uitbetaald en minder gewerkte uren komen te vervallen. Op 15 december 2020 heeft de overheid in verband met de coronapandemie een lockdown ingesteld, die onder meer een winkelsluiting inhield. Met ingang van 1 januari 2021 heeft Wibra haar werknemers voor minder uren ingeroosterd om de gevolgen van de winkelsluiting te overbruggen. In de maanden januari, februari, maart en april 2021 heeft het personeel meer dan gemiddeld min-uren opgebouwd. Bij brief van 23 april 2021 heeft FNV Wibra verzocht de min-uren met terugwerkende kracht tot 1 januari 2021 te laten vervallen. Wibra heeft daarop laten weten daartoe geen aanleiding te zien. Wibra houdt haar werknemers aan de afspraak om per jaar een gemiddeld aantal uren te werken. FNV vordert in kort geding onder meer dat de voorzieningenrechter Wibra verbiedt om vanaf 1 januari 2021 ten laste van werknemers min-uren te schrijven als deze zijn ontstaan als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie.

Oordeel

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt.

Cao-bepaling geen afwijking van artikel 7:628 BW

FNV voert aan dat artikel 4 van de cao in strijd is met artikel 7:628 BW en stelt zich op het standpunt dat de betreffende cao-bepalingen in de cao waaraan Wibra is gebonden, als nietige

bedingen zouden moeten worden gekwalificeerd. Volgens FNV leidt de toepassing van artikel 4 van de cao ertoe dat het risico van het niet kunnen verrichten van de overeengekomen werkzaamheden bij de werknemers komt te liggen, terwijl dat op grond van artikel 7:628 lid 1 BW bij de werkgever behoort te liggen. De voorzieningenrechter gaat hier niet in mee. Tussen Wibra en haar werknemers is overeengekomen dat zij een gemiddeld aantal uren per week moeten werken, waarvoor de werknemer maandelijks een overeengekomen vast bedrag aan loon ontvangt, ook als er geen werk beschikbaar is. Dienovereenkomstig heeft Wibra ook gehandeld. Ondanks de ingrijpende problemen waarmee de onderneming tijdens de coronapandemie werd geconfronteerd, heeft Wibra de lonen immers steeds volledig voldaan, ook toen de winkels tijdelijk waren gesloten en de omzet nagenoeg geheel wegviel. Er was (deels) geen arbeid, maar er werd wel steeds het volledig overeengekomen loon betaald, in het laatste kwartaal van 2020 zelfs met een opslag van 5%. Dat betekent dat artikel 4 van de cao geen afwijking behelst van artikel 7:628 lid 1 BW en om die reden niet nietig is.

Cao-bepaling niet alleen voor 'piek-en-ziek'

FNV heeft voorts aangevoerd dat artikel 4 van de cao voor het opvangen van 'piek-en-ziek-uren' is en niet voor het structureel en substantieel schrijven van min-uren in geval van een coronapandemie, waardoor werknemers zich voor een langere periode beschikbaar zouden moeten houden om naast hun reguliere arbeidsomvang de geschreven min-uren in te halen. De voorzieningenrechter overweegt dat de tekst van de bepaling en de bandbreedte van de regeling (+ en – 35% van het aantal basisuren) wel degelijk voorziet in het opvangen van substantiële pieken en dalen, zij het begrensd door de referteperiode van één jaar, een maximum van 45 wekelijks in te roosteren uren en het gegeven dat Wibra minimaal drie weken tevoren in overleg met de individuele werknemer het werkrooster vaststelt, waarbij Wibra zo veel mogelijk rekening heeft te houden met diens wensen. Het volgens FNV onaannemelijke rechtsgevolg dat werknemers zich nu gedurende de resterende tijd van het jaar min of meer onbeperkt beschikbaar moeten houden om hun eerder in het jaar geschreven min-uren in te halen, doet zich dan ook niet voor. Een werknemer met een flexibel contract heeft zich immers steeds beschikbaar te houden voor het werken van extra uren binnen de in de cao opgenomen bandbreedte.

Geen strijd met goed werkgeverschap

Tot slot vindt FNV dat Wibra zich niet als goed werkgever gedraagt door enerzijds gebruik te maken van de NOW-subsidies en anderzijds de geregistreerde min-uren bij de werknemers 'in rekening te brengen', waardoor de werknemers (deels) gratis voor Wibra werken. FNV miskent hier volgens de voorzieningenrechter echter mee dat de subsidies door Wibra volledig zijn aangewend voor de betaling van de (basis)lonen van de werknemers, ook in de periode

dat zij niet hebben gewerkt. De subsidie is gerelateerd aan het omzetverlies van een onderneming. Ook als de werknemers wel hun gemiddeld aantal uren hadden gewerkt en Wibra toch omzetverlies had geleden, had Wibra van de NOW-regeling gebruik kunnen maken.

Conclusie

Wibra houdt haar werknemers aan de afspraak om per jaar een gemiddeld aantal uren te werken. Dat het inhalen van de min-uren, waarvan Wibra heeft gesteld dat dit gedurende de rest van het jaar zal mogen gebeuren met inachtneming van de bandbreedtes in de cao, tot onaanvaardbare resultaten zal leiden, heeft FNV niet onderbouwd. Gemiddeld dient het winkelpersoneel over de resterende weken van 2021 40 minuten aan min-uren boven het aantal basisuren te werken. Op grond van het voorgaande weigert de voorzieningenrechter de gevraagde voorzieningen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:3414

Zaaknummer: 388780

Rechters: D. Vergunst

Advocaten: A.M. Dielemans-Buiteman, H.C.S. van Deijk-Amzand, R.J. Mourits en P.A. van Eck

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Supermarktmanager terecht op staande voet ontslagen vanwege niet naleven procedure rondom geldtransport en het laten verdwijnen van € 63.100.

Feiten

Werknemer is op 5 februari 2007 in dienst getreden bij Lidl Nederland GMBH (hierna: Lidl) en was laatstelijk werkzaam als supermarktmanager. Als filiaalmanager was werknemer (mede) verantwoordelijk voor de afhandeling van contante kasstromen. Lidl hanteert kort gezegd als uitgangspunt dat het contante kassageld iedere dag in een sealbag wordt gedaan en in een kluis wordt bewaard. Iedere woensdag komt een geldloper van Brinks deze kluis legen. Bij dat legen is altijd een kaderlid of filiaalmanager aanwezig. Zodra Brinks de sealbags in ontvangst heeft genomen, moeten deze door de verantwoordelijke filiaalmanager in de administratie worden 'vrijgegeven'. Op 17 maart 2021 is werknemer op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief staat dat negen sealbags met een gezamenlijke waarde van € 63.100 zijn verdwenen en dat geconstateerd is dat sinds langere tijd ernstige onregelmatigheden plaatsvinden in het doen van stortingen, het verdwijnen van sealbags, de financiële dagafsluitingen en de procedure rondom het geldtransport. Werknemer wordt het niet naleven van de procedures rondom het afstorten van kassagelden en het laten verdwijnen van € 63.100 verweten. Werknemer verzoekt primair het ontslag op staande voet te vernietigen en subsidiair toekenning van een billijke vergoeding.

Oordeel

Onverwijld ontslag

De kantonrechter overweegt allereerst dat het ontslag onverwijld is verleend. Weliswaar was Lidl reeds op 24 februari 2021 op de hoogte van nog niet vrijgegeven sealbags, maar toen was er nog geen enkele reden om bezorgd te zijn, laat staan om enige verdenking jegens werknemer te koesteren. Eerst op 8 maart 2021 werd duidelijk dat er negen sealbags waren verdwenen en dat daar nader onderzoek naar moest worden verricht. Dit onderzoek heeft voortvarend en adequaat genoeg plaatsgevonden. Ook is sprake van een onverwijld

mededeling. Hoewel aan werknemer moet worden toegegeven dat de ontslagbrief duidelijker had gekund en doorwrocht is van algemeen geformuleerde verwijten, moet het hem daaruit toch echt wel duidelijk zijn geweest wat hem verweten wordt.

Dringende reden

Vast staat dat werknemer van eind december 2020 tot eind februari 2021 op dinsdagen geen sealbags aanmaakte waardoor de omzet van dinsdag niet traceerbaar was. Als die contante omzet al in de sealbags van de woensdag erop is meegenomen, is er een vertraging in de registratie van telkens meer dan een week opgetreden. Immers, Brinks kwam woensdag overdag en de sealbag van woensdag werd normaal gesproken pas tegen sluitingstijd gemaakt. Door deze handelwijze heeft werknemer in strijd met de regels van Lidl gehandeld, hetgeen hem als filiaalmanager zwaar moet worden aangerekend. Daarnaast mag het, op zijn zachtst gezegd, opmerkelijk genoemd worden dat werknemer, toen intern bekend werd dat sealbags kwijt waren, aan een collega van een ander filiaal via Whatsapp berichten stuurde dat hij jurisprudentie had opgezocht hoe te handelen en hoe de kansen waren als een werknemer van dergelijke fraude werd verdacht en hoopte er niet in betrokken te raken. Het verweer van werknemer dat mogelijk anderen zijn codes hebben gebruikt door over zijn schouder mee te kijken bij het inloggen, hij van kantoor is vertrokken en een andere collega op zijn code heeft gewerkt, of een printje van de code op kantoor is blijven liggen, wordt verworpen als te algemeen en een onvoldoende gemotiveerde betwisting, gelet op de sluitende bewijslevering van de zijde van Lidl. Het ontslag op staande voet is rechtsgeldig gegeven.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:3363

Zaaknummer: 9215244

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: J. Niggelie en P.T. van Hilten-Nieuwstad

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

RECHTSPRAAK

Ontbinding op de g-grond van arbeidsovereenkomst met kandidaat-notaris. Nooit eerder aangesproken op disfunctioneren, ernstig verwijtbaar handelen werkgever. Werknemer verzoekt om billijke vergoeding van € 120.000 bruto. Kantonrechter kent slechts € 17.500 toe: gelet op onder meer grote vraag naar kandidaat-notarissen en haar jarenlange ervaring zal de kandidaat-notaris vermoedelijk snel een nieuwe baan vinden.

Feiten

Werkneemster is op 1 februari 2020 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij werkgeefster in de functie van kandidaat-notaris. Op 6 november 2020 heeft werkgeefster aangegeven dat zij het dienstverband niet wenste voort te zetten. Zij heeft werkneemster een vaststellingsovereenkomst aangeboden, maar werkneemster heeft niet met dit beëindigingsvoorstel ingestemd. Werkneemster heeft zich op 19 november 2020 ziek gemeld; op dat moment was het verzoekschrift al ingediend. Werkgeefster verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding), dan wel op de h-grond (andere omstandigheid) of de i-grond (combinatie van omstandigheden). Zij legt aan haar verzoek ten grondslag dat werkneemster een geheel andere werkwijze hanteert dan de werkwijze van werkgeefster en dat zij weigert zich aan te passen. Daarnaast zou werkneemster geen kritiek aanvaarden, geen zelfreflectie tonen en instructies niet of te laat opvolgen. De houding en de handelwijze van werkneemster zouden ook zijn weerslag hebben gehad op de klanten en het overige personeel van het kantoor. Werkneemster erkent dat de arbeidsverhouding tussen partijen duurzaam verstoord is geraakt, maar stelt dat dit het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster, nu zij op 6 november 'compleet is overvallen' door de wens van werkgeefster om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Ze stelt dat werkgeefster nooit kenbaar heeft gemaakt dat sprake zou zijn van disfunctioneren en er evenmin een verbetertraject is aangeboden. Zij verzoekt de kantonrechter aan haar een billijke vergoeding toe te kennen van € 120.000 bruto.

Oordeel

Grond voor ontbinding en recht op billijke vergoeding

Partijen zijn het erover eens dat de arbeidsrelatie tussen hen duurzaam is verstoord. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond zal dan ook worden toegewezen, onder toekenning van de transitievergoeding. Vervolgens zal moeten worden beoordeeld of werkneemster recht heeft op een billijke vergoeding. Naar het oordeel van de kantonrechter is de verstoring van de arbeidsrelatie ontstaan tijdens het gesprek tussen partijen op 6 november 2020. Werkneemster is na dat gesprek met directe ingang en zonder redelijke en zwaarwegende grond op non-actief gesteld en ook is haar de toegang tot de digitale systemen ontzegd. Zij heeft geen afscheid kunnen nemen van haar collega's en nauwelijks haar werkzaamheden in lopende dossiers kunnen afronden. Deze handelwijze van werkgeefster getuigt naar het oordeel van de kantonrechter niet van goed werkgeverschap. Voorts is van belang dat uit de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting niet is komen vast te staan dat werkgeefster aan werkneemster op een eerder moment duidelijk heeft gemaakt dat haar wijze van functioneren onvoldoende zou zijn en dat dit, zonder verbetering, op termijn zou leiden tot een beëindiging van het dienstverband. Werkneemster hoefde hier ook niet op bedacht te zijn, nu zij als zeer ervaren kandidaat-notaris werd binnengehaald, volop werd ingezet en recentelijk nog werd benoemd tot voorzitter van de sectie Familierecht. Het feit dat werkgeefster gaandeweg moeite kreeg met de werkwijze van werkneemster ligt voor een groot deel in haar risicosfeer nu zij met het in dienst nemen van werkneemster welbewust een zeer ervaren kandidaat-notaris heeft aangenomen. Gelet op de ruime werkervaring van werkneemster kon werkgeefster verwachten dat zij zich een bepaalde werkwijze eigen had gemaakt. Indien het kantoor daar niet voor openstond, of anderszins had gewenst, had het op haar weg gelegen om hierover bij aanvang van het dienstverband duidelijke afspraken te maken met werkneemster of gaandeweg het dienstverband haar verwachtingen daaromtrent duidelijk kenbaar te maken en schriftelijk vast te leggen. Daarvan is niets gesteld of gebleken. Al met al heeft werkgeefster werkneemster veel verwijten gemaakt ten aanzien van haar functioneren, maar haar daarop niet aangesproken, zodat werkneemster niet de kans heeft gekregen om haar functioneren te verbeteren, terwijl dit vermeende disfunctioneren wel de oorzaak is van het verstoord raken van de arbeidsverhouding. Inmiddels is de verhouding dusdanig verstoord, dat een verbetertraject niet alsnog mogelijk is. De kantonrechter komt tot de conclusie dat werkgeefster ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en werkneemster recht heeft op een billijke vergoeding.

Hoogte billijke vergoeding

Werkneemster heeft de billijke vergoeding begroot op € 120.000 bruto en is er daarbij van uitgegaan dat het dienstverband nog meerdere jaren zou voortduren. Werkneemster heeft zich na de datum van indiening van het verzoekschrift ziek gemeld, maar uit de stukken blijkt

volgens de kantonrechter niet hoe lang deze ziekte zal voortduren. Daarnaast heeft werkgeefster aangevoerd dat er grote vraag is naar ervaren kandidaat-notarissen. Evenmin is gebleken dat de coronacrisis een negatieve invloed heeft (gehad) op het vinden van een baan in het notariaat. Het ligt derhalve voor de hand dat werkneemster, zodra zij is hersteld, mede gelet op haar jarenlange ervaring, binnen afzienbare tijd een andere baan in het notariaat zal kunnen vinden. Dit neemt niet weg dat een andere baan mogelijk niet dezelfde arbeidsvoorwaarden kent. Tevens bouwt werkneemster geen pensioen op in de periode van werkloosheid. Dit klemmt temeer nu werkneemster momenteel arbeidsongeschikt is. Mede gelet op de geuite kritiek over het functioneren van werkneemster, acht de kantonrechter het niet aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst nog jaren zou voortduren. Ook de lengte van het dienstverband (werknemer was slechts negen maanden in dienst) speelt mee in de beoordeling. Alles bij elkaar genomen kent de kantonrechter werkneemster een billijke vergoeding toe van € 17.500 bruto.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:3286

Zaaknummer: 8893909 \ HA VERZ 20-74 \ 512 / 34124

Rechters: C.J.M. Hendriks

Advocaten: M.L.W. Weerts en D.R. Corbeek

Wetsartikelen: 7:66g BW en 7:66g lid 3 sub g BW

RECHTSPRAAK

Ruime uitleg ‘gelijke of gelijkwaardige functie’ van artikel 8 lid 1 Waadi. Junior process engineer, tewerkgesteld bij een ander bedrijf, maakt aanspraak op loonsverhogingen, een eenmalige uitkering, een resultaatafhankelijke beloning, reiskostenvergoeding, vakantieaanspraken, persoonlijke verhoging en een bonus, totaal € 21.573,34.

Feiten

Werknemer is op 5 oktober 2015 in dienst getreden bij Dosign Staffing B.V. (hierna: Dosign) in de functie van junior process engineer. Voor de uitvoering van zijn werkzaamheden werd werknemer te werk gesteld bij ‘bedrijf X’. Per 1 mei 2017 is werknemer rechtstreeks in dienst getreden bij ‘bedrijf X’ in de functie van junior process engineer. De arbeidsovereenkomst met Dosign is per deze datum geëindigd. Werknemer vordert dat Dosign wordt veroordeeld tot betaling van € 21.573,34 aan achterstallig loon en € 508,49 netto ter zake van achterstallige reiskostenvergoeding. Werknemer stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen, die van 5 oktober 2015 tot 1 mei 2017 van kracht was, gekwalificeerd moet worden als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, zodat artikel 8 lid 1 Waadi van toepassing is. Als gevolg daarvan zou werknemer over de genoemde periode recht hebben op de arbeidsvoorwaarden zoals die golden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies rechtstreeks in dienst bij ‘bedrijf X’. Dosign betwist dat artikel 8 lid 1 Waadi van toepassing is, nu geen sprake is van gelijke of gelijkwaardige functies.

Oordeel

Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van een uitzendovereenkomst. Partijen verschillen echter van mening over de vraag of artikel 8 lid 1 Waadi hierop van toepassing is en zo ja hoe dit artikel moet worden uitgelegd. Dosign betwist dat sprake is van gelijke of gelijkwaardige functies. Het begrip ‘gelijke of gelijkwaardige functies’ moet ruim worden uitgelegd, gelet op het doel en de strekking van de Waadi en de toepasselijke Uitzendrichtlijn. Dat brengt, volgens vaste rechtspraak, onder meer mee dat niet bepalend is of vast komt te

staan dat 'bedrijf X' feitelijk ook zelf werknemers in dienst heeft (gehad) in een gelijke of gelijkwaardige functie, maar of de functie die werknemer heeft vervuld, past bij de functies en de functiebeschrijvingen genoemd binnen het bedrijf. Werknemer is als junior process engineer begonnen bij Dosign en heeft in die functie werkzaamheden verricht voor 'bedrijf X'. Dit staat ook zo vermeld in zijn arbeidsovereenkomst. Vervolgens is hij als junior process engineer in dienst getreden bij 'bedrijf X'. Hieruit volgt dat 'bedrijf X' binnen haar functiehuis bekend was met de functie van junior process engineer. Dat werknemer binnen Dosign nog onervaren was of begonnen is als een zogenaamde high potential is inherent aan een junior of startersfunctie. Op basis daarvan kan in ieder geval niet gezegd worden dat er geen sprake zou zijn van gelijke of gelijkwaardige functies. Dit betekent dat wordt vastgesteld dat er sprake is van een gelijke of gelijkwaardige functie als bedoeld in artikel 8 lid 1 Waadi. Volgens de hoofdregel van dat artikel heeft een ter beschikking gestelde arbeidskracht recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemer die werkzaam is in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Het feit dat werknemer via een andere vennootschap aan 'bedrijf X' werd uitgeleend, betekent niet dat gekeken dient te worden naar de arbeidsvoorwaarden van deze doorlener. Omdat de terbeschikkingstelling plaatsvond bij 'bedrijf X', moet gekeken worden naar de arbeidsvoorwaarden van werknemers in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van dat bedrijf. Dosign stelt dat alleen de componenten van de inlenersbeloning hieronder vallen, maar artikel 8 lid 1 Waadi en de inlenersbeloning zijn niet hetzelfde. Zo vallen loonsverhogingen onder dit artikel en heeft werknemer recht op de loonsverhoging van 1,75% en 2,0% per respectievelijk 5 oktober 2015 en 1 juli 2016. Ook een eenmalige uitkering van 0,35% van het vaste jaarsalaris en een resultaatafhankelijke beloning vallen onder het begrip loon van artikel 8 lid 1 Waadi. Tevens vallen de reiskostenvergoeding en vakantietoelagen eronder. Ten slotte vallen ook een persoonlijke verhoging aan de hand van persoonlijke prestaties en een bonus onder het loonbegrip van artikel 8 lid 1 Waadi. Het voorgaande brengt mee dat Dosign aan werknemer € 21.573,34 aan achterstallig salaris is verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6192

Zaaknummer: 8902930 CV EXPL 20-43399

Rechters: M. Fiege

Advocaten: I.J.N. Fitters-Roeland en P.P. Bergers

Wetsartikelen: 8 lid 1 Waadi

RECHTSPRAAK

Arbeidsovereenkomst bij De Staat niet verlengd wegens niet voldoen aan opleidingseisen. Werknemer beroept zich op de bepalingen uit de Studiegids. Kwalificatie onvoldoende doorslaggevend, niet het behaalde cijfer 5,8 dat in het dossier stond.

Feiten

Werknemer is per 1 februari 2019 in tijdelijke dienst voor twee jaar aangesteld bij de Belastingdienst. In de begeleidende brief bij de Akte van Aanstelling staat vermeld: 'Bij voldoende functioneren wordt u aangesteld in vaste dienst van het Rijk'. Per 1 februari 2021 is werknemer niet in vaste dienst van de Staat der Nederlanden (hierna: De Staat) gekomen. Werknemer verzoekt de kantonrechter voor recht te verklaren dat de Staat heeft gehandeld in strijd met het goed werkgeverschap door de arbeidsovereenkomst niet om te zetten naar een opvolgende arbeidsovereenkomst, zijnde een vast dienstverband. Hij verzoekt primair de Staat te veroordelen tot herstel van de arbeidsrelatie tussen partijen door het aanbieden aan werknemer van een nieuwe arbeidsovereenkomst en subsidiair de Staat te veroordelen aan hem de inkomensschade te vergoeden (verschil tussen salaris en zijn WW-uitkering). Aan het verzoek legt werknemer ten grondslag dat hij ten onrechte als 'niet geslaagd' voor de voor de vaste aanstelling vereiste opleiding is aangemerkt. De Staat verweert zich en stelt dat de beoordeling(en) van werknemer zorgvuldig en met inachtneming van de vooraf aan werknemer kenbaar gemaakte richtlijnen tot stand is (zijn) gekomen.

Oordeel

In deze procedure gaat het met name om de vraag of werknemer het onderdeel 'Controletechniek' van de opleiding al dan niet heeft gehaald. Werknemer stelt dat hij voor dit onderdeel het cijfer 5,8 heeft behaald en dat hij volgens de bepalingen van de Studiegids dit onderdeel dus heeft gehaald, omdat in de Studiegids staat dat een toets met goed gevolg is afgelegd als de kandidaat het cijfer 5,5 of hoger heeft behaald. Het verschil van inzicht over de waarde van het cijfer 5,8 spitst zich toe op de vraag of voor het betreffende onderdeel het behaalde *cijfer* (5,8) doorslaggevend was of de *kwalificatie* voldoende of onvoldoende. Werknemer beroept zich op de tekst van de Studiegids. De Staat verwijst echter naar de

digitale ‘studieomgeving’ van De Belasting Academie (hierna: DBA) waartoe werknemer toegang had, waarin staat dat werknemer geslaagd is als hij ‘minimaal een voldoende beoordeling heeft gehaald voor het betreffende onderdeel’ en ‘minimaal 60% van de te behalen punten’. Werknemer had 69 punten voor het onderdeel Controletechniek, waardoor hij voor het gehele onderdeel 262 punten scoorde van de vereiste 270 punten. Bij de beoordeling van het geschil komt het erop aan in hoeverre aan de vermelding van het cijfer 5,8 in het ‘Dossier uitkomsten dossierreview’ doorslaggevende betekenis moet worden toegekend met betrekking tot de vraag of werknemer al dan niet het betreffende cursusonderdeel heeft behaald. De kantonrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. Niet alleen is dit document geen officiële mededeling aan werknemer van zijn score voor het betreffende cursusonderdeel, maar daarnaast mag niet uit het oog worden verloren dat dit document is opgesteld op 21 januari 2020, dus ruim voor de herkansing van werknemer, waarvan de resultaten hem op 20 juli 2020 (officieel) zijn medegedeeld. Ook mag niet uit het oog worden verloren dat dit document meer het karakter heeft van een tussentijdse evaluatie van de leidinggevers van werknemer, waarin zij feedback en advies geven over de wijze waarop werknemer zich verder kan ontwikkelen. In samenhang met deze feedback en adviezen kon werknemer er naar het oordeel van de kantonrechter niet van uitgaan dat hij op dat moment al geslaagd was voor het betreffende cursusonderdeel. Het vermelde cijfer komt dus geen doorslaggevende betekenis toe naast of in plaats van de officiële uitslag van 20 juli 2020. Bij dit oordeel neemt de kantonrechter mede in overweging dat naar zijn oordeel de mededeling op de digitale studieomgeving van DBA een nadere uitwerking is van hetgeen in punt 6.6 van de Studiegids vermeld staat en dat daaruit duidelijk wordt dat voor dit cursusonderdeel de kwalificatie ‘voldoende’ vereist was en niet een *cijfer*, waarbij een bepaald percentage (60%) vereist is voor het verkrijgen van de kwalificatie ‘voldoende’ en een aantal punten van 270 een voldoende oplevert en een aantal punten van minder dan 270 een onvoldoende. Van een overheidsdienst als de Belastingdienst mag verwacht worden dat zij vooraf kenbaar gemaakte maatstaven hanteert en daaraan vasthoudt, omdat anders al snel het vermoeden van willekeur om de hoek kan komen kijken. Uit het voorgaande vloeit voort dat het primaire verzoek van werknemer niet kan worden toegewezen. Alles bij elkaar genomen heeft hij niet de voor een vaste aanstelling vereiste opleidingsvereisten behaald. Ook het subsidiaire verzoek kan niet worden toegewezen, nu geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de Staat.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:6314

Zaaknummer: 9114968 RP VERZ 21-50219

Rechters: C.W.D. Bom

Advocaten: A.J.M. van Meer, M. Hoekman en A.A.W.M. van Gerwen

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst van accountmanager niet gematigd bij kort geding. Belang werkgever bij handhaving evident, gelet op de specifieke branche en het beperkte aantal spelers op de markt. Werknemer is beding welbewust aangegaan. Niet gesteld dat werknemer alleen in deze concurrerende branche kan werken.

Feiten

Werknemer is in 2020 in dienst getreden bij AmSpec B.V. in de functie van accountmanager Bio Fuels. In de arbeidsovereenkomst is onder meer een concurrentiebeding opgenomen, met daaraan gekoppeld een boetebeding. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst met AmSpec tegen 1 juni 2021 opgezegd en wil(de) per die datum in dienst treden bij 'bedrijf X' in de functie van 'Regional Product Manager ARA'. Hij geeft aan een aanbod te hebben ontvangen waarbij hij betere toekomstperspectieven tegemoet gaat (toekomstige promoties) en dat hij een andere functie zal gaan vervullen. Hoewel werknemer van mening is dat indiensttreding bij 'bedrijf X' niet zou leiden tot overtreding van het concurrentiebeding vraagt hij, om hier geen onduidelijkheid over te krijgen, toch per brief van 22 maart 2021 toestemming voor deze overstap. Op dezelfde dag dient hij zijn ontslag in. AmSpec heeft te kennen gegeven werknemer aan het concurrentiebeding te houden. Werknemer vordert bij kort geding het concurrentiebeding (gedeeltelijk) te schorsen, in die zin dat het hem is toegestaan per 1 juni 2021 bij 'bedrijf X' in dienst te treden als Regional Product Manager ARA.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat partijen een geldig concurrentiebeding zijn overeengekomen, hetgeen betekent dat werknemer in beginsel aan het beding gebonden is. Tussen partijen is niet in geschil dat 'bedrijf X' is aan te merken als een directe concurrent van AmSpec en dus valt onder de reikwijdte van het concurrentiebeding. Gelet op hetgeen partijen daarover hebben aangevoerd, is voldoende aannemelijk dat werknemer tijdens zijn dienstverband met AmSpec specifieke knowhow/kennis heeft opgedaan van de werkwijze van AmSpec en bovendien intensief heeft gewerkt met diens relaties. Dat dit vooral digitaal is gegaan en dat gewerkt werd met een 'poel' aan cliënten, zoals door werknemer gesteld, maakt

dit niet anders. Werknemer kan aldus zijn specifieke knowhow/kennis bij AmSpec aanwenden om te concurreren. Het is gezien het voorgaande aannemelijk dat het gevaar bestaat dat door indiensttreding van werknemer de concurrentiepositie van AmSpec wordt geschaad. Uit de stellingen van partijen volgt naar het oordeel van de kantonrechter verder dat werknemer bij 'bedrijf X' in de door hem te bekleden functie nog steeds te maken zal (kunnen) hebben met klanten van AmSpec. Werknemer heeft gesteld dat hij een meer leidinggevende functie gaat bekleden, maar juist de verantwoordelijkheden van een leidinggevende functie kunnen met zich brengen dat hij niet in staat zal zijn zich te houden aan het relatiebeding, dat ook in de arbeidsovereenkomst was opgenomen. Bovendien kan juist in een dergelijke functie kennis worden overgedragen aan anderen. Dat werknemer slechts een jaar bij AmSpec in dienst is geweest maakt het voorgaande niet anders. Het belang van AmSpec bij handhaving van het concurrentiebeding, is evident. AmSpec heeft onweersproken aangevoerd dat in de onderhavige specifieke branche en regio slechts een paar spelers werkzaam zijn. Tegenover het belang van AmSpec staat het belang van werknemer om niet te worden beperkt in zijn recht op een vrije arbeidskeuze. In dat kader overweegt de kantonrechter het volgende. Allereerst acht de kantonrechter van belang dat werknemer de bedingen voldoende bewust is aangegaan, mede gelet op zijn opleidings- en werkniveau. Ook is van belang dat werknemer bij zijn vorige werkgever gebonden was aan een concurrentiebeding. Hij is met die werkgever in onderhandeling getreden om de stap naar AmSpec te kunnen maken. Werknemer kent dus het klappen van de zweep. Juist in die fase heeft werknemer ingestemd met het onderhavige concurrentiebeding. Daaruit volgt dat sprake is geweest van een welbewuste afweging aan de kant van werknemer. Ook is relevant dat werknemer zelf het initiatief heeft genomen om zijn arbeidsovereenkomst met AmSpec te beëindigen met het specifieke doel om aansluitend in dienst te treden bij 'bedrijf X'. Dat werknemer alleen binnen deze concurrerende branche kan werken, is niet gemotiveerd gesteld. Niet is gebleken dat hij totaal geen mogelijkheden heeft om tijdelijk ander werk te verrichten. Betrokken wordt ook dat het beding gelet op alle omstandigheden van het geval, een relatief korte periode van een jaar betreft. Gelet op al het voorgaande, de belangen van partijen tegen elkaar afwegend, acht de kantonrechter het niet waarschijnlijk dat de bodemrechter zal oordelen dat werknemer onbillijk wordt benadeeld door handhaving van de bedingen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 17-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:5994

Zaaknummer: 9199595 VV EXPL 21-205

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: J. van der Zanden en K. Wiersma

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Turnbond KNGU hoeft turncoach toch niet voor te dragen als lid van begeleidingsteam Olympische Spelen. Deelname aan het begeleidingsteam is geen overeengekomen arbeidsvoorwaarde. Het besluit de coach niet in het begeleidingsteam op te nemen is niet in strijd met het goed werkgeverschap.

Feiten

Werknemer is op 1 januari 2014 in dienst getreden bij de vereniging Koninklijke Nederlandse Gymnastiek Unie (hierna: KNGU) en sinds 2017 senior coach. Deze arbeidsovereenkomst is verlengd tot en met 31 december 2021. Werknemer werkt voor de KNGU ten behoeve van de topsportdiscipline turnen dames en is ook de persoonlijke coach van vier turnsters. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Sport van toepassing. De KNGU heeft op 9 april 2021 aan werknemer meegedeeld dat hij geen deel uitmaakt van het begeleidingsteam turnen dames dat meegaat naar de Olympische Spelen in Tokyo van 23 juli tot en met 8 augustus 2021. Over dit besluit van 9 april 2021 gaat het in deze kortgedingprocedure. De kantonrechter heeft de KNGU bevolen werknemer in de voordracht aan NOC*NSF op te nemen als lid van het begeleidingsteam en alles te doen wat in haar macht ligt om te bevorderen dat werknemer een accreditatie verkrijgt van NOC*NSF, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 200.000. De KNGU is het niet eens met deze veroordeling en vraagt het hof onder meer de vordering van werknemer alsnog af te wijzen.

Oordeel

Geeft de arbeidsovereenkomst recht op deelname aan het begeleidingsteam?

Het hof oordeelt dat werknemer uit de in de arbeidsovereenkomst en functiebeschrijving opgenomen passages redelijkerwijs niet heeft kunnen afleiden dat hij automatisch en altijd lid is van het begeleidingsteam bij grote sportevenementen. Die uitleg zou ertoe leiden dat de KNGU geen enkele zeggenschap heeft over de samenstelling van het begeleidingsteam. Dat is niet te rijmen met haar verantwoordelijkheid voor het topsportbeleid, zoals ook voortvloeiend uit het huishoudelijk reglement, en als onderdeel daarvan haar verantwoordelijkheid voor de

aanwijzing en samenstelling van vertegenwoordigende teams van turners en begeleiding. Daarbij komt dat de KNGU veel meer (senior) coaches in dienst heeft met dezelfde functiebeschrijving als die van werknemer. De KNGU stelt terecht dat het niet werkbaar en realistisch is dat zij bedoeld heeft voor al deze coaches een automatisch recht op deelname in een begeleidingsteam in het leven te roepen. Dit geldt zeker voor het begeleidingsteam van de Olympische Spelen 2021. Daarvoor is mede als gevolg van de coronapandemie maar een beperkt aantal accreditaties beschikbaar. De bevoegdheid voor samenstelling van het begeleidingsteam ligt bij de KNGU als sportbond. Aan die bevoegdheid zou de KNGU geen invulling kunnen geven als de uitleg van werknemer gevolgd zou worden. Die uitleg gaat bovendien voorbij aan de rol van de KNGU als werkgever. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat werknemer een ingewijde is in de turnwereld en dus goed op de hoogte van de gang van zaken. Het hof komt niet tot een ander oordeel doordat de arbeidsovereenkomst van werknemer in 2020 met een jaar is verlengd. De KNGU heeft de contracten van niet alleen werknemer, maar ook van de andere coaches, met een jaar verlengd vanwege de verplaatsing van de Olympische Spelen naar het jaar 2021. Tot de taken van werknemer behoort ook (onder meer) het coachen en trainen van sporters in aanloop naar grote sportevenementen zoals de Olympische Spelen. Alle voorbereidende taken gingen gewoon door. Ook de omstandigheid dat werknemer wel in het begeleidingsteam zat van de Europese Kampioenschappen in april 2021 leidt het hof niet tot een ander oordeel. De KNGU heeft uitgelegd dat dit het eerste grote sportevenement was na een langere periode waarin er door de coronapandemie geen grote wedstrijden waren geweest. Vanwege de korte voorbereidingstijd die er restte tot deze kampioenschappen heeft de KNGU in het belang van de sporters gekozen om werknemer, naast de nieuwe coach en met het doel om een goede overdracht te realiseren, in het begeleidingsteam op te nemen. Werknemer heeft daaruit niet kunnen afleiden dat hij recht had op deelname aan het begeleidingsteam van volgende evenementen, zoals de Olympische Spelen.

Is het besluit van 9 april 2021 in strijd met de norm van goed werkgeverschap?

Het hof is in het kader van dit kort geding van oordeel dat de KNGU in redelijkheid tot het besluit van 9 april 2021 heeft kunnen komen. Het is zorgvuldig tot stand gekomen en ook persoonlijk aan werknemer meegedeeld. Het is duidelijk dat werknemer een andere visie aanhangt, maar de KNGU heeft als werkgever en vereniging, die verantwoordelijk is voor (onder meer) het topsportbeleid, de nodige vrijheid om haar eigen beleidsafwegingen en -keuzes te maken. Het hof begrijpt dat het besluit voor werknemer (en zijn turnsters) ingrijpend is. Hiervoor is beslist dat uit de arbeidsovereenkomst van werknemer geen recht voortvloeit op deelname in het begeleidingsteam van de Olympische Spelen. Tegen deze achtergrond vindt het hof niet dat de belangen van werknemer onevenredig zijn getroffen

door het besluit van de KNGU. De KNGU loopt daarmee ook niet vooruit op de uitslag van de tuchtprocedure, zoals werknemer stelt, omdat de achtergrond van het besluit van 9 april 2021 was om duidelijkheid voor de sporters te creëren.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:6397

Zaaknummer: 200.295.909

Rechters: A.E.F. Hillen, A.A. van Rossum en R.J.A. Dil

Advocaten: L.J.J. van Asseldonk en E. Beekhuis

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Onduidelijk is of sprake is van een arbeidsovereenkomst. In kort geding is geen ruimte voor nadere bewijslevering, zodat de vorderingen worden afgewezen.

Feiten

X, zoon van bestuurder, is werkzaam voor EESI en heeft een relatie met werkneemster gehad, die op 30 maart 2021 is beëindigd. Bij brief van 2 april 2021 heeft EESI aan werkneemster bericht dat zij haar verzoekt te bevestigen dat zij een transport naar Qatar uitvoert. Ten aanzien van de overige werkzaamheden is zij op non-actief gesteld. Werkneemster heeft na 11 april 2021 geen werkzaamheden meer verricht. EESI vordert werkneemster te verbieden direct dan wel indirect gebruik te maken van bedrijfsgeheimen dan wel deze openbaar te maken of te delen met derden. Daarnaast vordert zij afgifte van bedrijfsmiddelen en gegevens. Werkneemster vordert vernietiging dan wel schorsing van het concurrentiebeding en betaling van achterstallig loon totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd.

Oordeel

Bij de huidige stand van zaken kan niet worden uitgemaakt of er – in weerwil van een op schrift gesteld en ondertekend document – sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen EESI en werkneemster. Voor het geval sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst, heeft te gelden dat deze arbeidsovereenkomst in ieder geval niet is geëindigd doordat werkneemster bij B.V. werkzaamheden is gaan verrichten. Ook anderszins is niet gebleken dat de arbeidsovereenkomst, voor zover daarvan sprake is, na de op non-actiefstelling door EESI, zou zijn geëindigd. Nu niet duidelijk is of er sprake is van een arbeidsovereenkomst en, als er sprake is van een arbeidsovereenkomst, of deze niet beëindigd is, ligt het gevorderde verbod, de gevorderde afgifte van de bedrijfsgegevens en bedrijfsmiddelen en de nadien gevorderde vernietiging van deze gegevens voor afwijzing gereed. Ook de loonvordering in reconventie wordt afgewezen, nu niet duidelijk is of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Verder leent een kort geding zich naar zijn aard niet voor vernietiging van een concurrentiebeding.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 17-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:4975

Zaaknummer: 9191822 CV EXPL 21-2265

Rechters: R.P.J. Quaedackers

Advocaten: G.M.M. van Tilborg en D.G.A. Rossi

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

In voldoende mate van zekerheid is vast komen te staan dat werkneemster – werkzaam in een zorgorganisatie - een medaillon heeft gestolen van een bewoner. Ontslag op staande voet terecht.

Feiten

Werkneemster is op 1 januari 2018 in dienst getreden bij WZH. Vanaf januari 2018 hebben een aantal bewoners en/of hun familieleden gemeld dat er sieraden werden vermist. Op 26 februari 2018 is met de medewerkers gesproken over deze vermissingen. Op 4 maart 2018 is door de dochter van een bewoonster bij de politie aangifte gedaan van diefstal met geweld, waarbij zij heeft verklaard dat de drie gouden ringen die haar moeder altijd droeg, in februari 2018 verdwenen waren. De teamleider heeft op 7 maart 2018 aan het team bericht welke bewoners nog sieraden droegen en erop aangedrongen dat de medewerkers het onmiddellijk zouden melden als deze sieraden zouden verdwijnen. Na maart 2018 zijn er aanvankelijk geen verdwijningen van sieraden meer gemeld. Op 1 november 2018 heeft de teamleider het team bericht dat onder meer een ring van een bewoner was verdwenen. Vanaf maart 2019 zijn er diverse vermissingen van sieraden en parfum gemeld. Op 10 mei 2019 heeft WZH van de politie vernomen dat bij een juwelier sieraden zijn aangetroffen afkomstig van diefstal. Op 16 mei 2019 is werkneemster aangehouden. Bij een huiszoeking bij werkneemster door de politie zijn sieraden aangetroffen. Op 31 mei 2019 is werkneemster op staande voet ontslagen. In het strafvonnis is overwogen dat werkneemster degene is die de sieraden heeft gestolen, dit bewezen is verklaard en aan werkneemster is een gevangenisstraf opgelegd. Werkneemster verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen, waartegen werkneemster in hoger beroep komt.

Oordeel

Werkneemster voert twee verweren. Het eerste verweer houdt in dat de ontslagbrief onvoldoende duidelijk is. Het hof oordeelt dat werkneemster uit de bewoordingen en de context van de ontslagbrief heeft kunnen en moeten begrijpen dat zij wordt ontslagen vanwege de door haar gepleegde diefstal. Dat wordt gesproken over een “vermoeden” en vervolgens over een “feit”, doet daar niet aan af. Het tweede verweer is dat het ontslag niet

onverwijld is gegeven. Ook dit verweer wordt verworpen. Werkneemster heeft in hoger beroep geen nieuwe argumenten aangevoerd en het hof onderschrijft de overwegingen hierover van de kantonrechter en maakt deze tot de zijne.

Dringende reden

Het hof stelt voorop dat een dringende reden hier al gelegen is in de diefstal van één sieraad van één bewoner. De rechtspraak over diefstal door werknemers is streng en in dit geval is ook nog eens sprake van kwetsbare slachtoffers, te weten ouderen in de laatste levensfase die afhankelijk zijn van zorgverleners zoals werkneemster. Het hof is van oordeel dat, ongeacht de overige in het strafvonnis bewezen geachte diefstallen, in ieder geval de diefstal door werkneemster van een aan bewoonster X toebehorend medaillon met een voldoende mate van zekerheid is komen vast te staan. Dit levert een dringende reden op voor ontslag op staande voet en WZH heeft recht op de gefixeerde schadevergoeding.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1132

Zaaknummer: 200.274.171/01

Rechters: M.T. Nijhuis, C.J. Frikkee en M.D. Ruizeveld

Advocaten: M. de Boorder en A.D. Putker-Blees

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Het schenden van de voorschriften bij ziekte levert onvoldoende grond op voor ontbinding. Van stelselmatige schending was namelijk geen sprake.

Feiten

Werknemer is op 1 maart 2011 bij Nedcargo in dienst getreden. Vanaf 2014 is het functioneren van werknemer achtergebleven en is zijn functioneren telkens met een onvoldoende tot matig beoordeeld. Op 28 mei 2018 meldde werknemer zich ziek. In eerste instantie was hij onbereikbaar, maar op 13 juni 2018 meldde hij zich alsnog bij de bedrijfsarts. Per brief van 18 juni 2018 ontving werknemer een officiële waarschuwing voor het overtreden van zijn verplichtingen tijdens ziekte. Op 23 augustus 2019 heeft werknemer zich opnieuw ziek gemeld. Die dag was hij telefonisch niet bereikbaar. Per brief van diezelfde dag is werknemer uitgenodigd voor een gesprek op 26 augustus 2019. Nedcargo heeft naar aanleiding van het gesprek op 26 augustus 2019 een voorstel gedaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Werknemer is tot 5 september 2019 vrijgesteld van werk. Werknemer reageerde aanvankelijk niet op het aanbod en verscheen op 5 september 2019 ook niet op het werk. Per WhatsAppbericht heeft werknemer aangegeven zich slecht te voelen en naar een psychiater te gaan. Nedcargo heeft werknemer meermaals uitgenodigd voor een gesprek, maar daar is werknemer niet op ingegaan. Tussen Nedcargo en werknemer is een discussie ontstaan of het schenden van het ziekteverzuimbeleid een grond voor ontbinding oplevert. Per 7 oktober 2019 is werknemer herplaatst. Op 20 maart 2020 heeft werknemer zich weer ziek gemeld. Nedcargo verzoekt ontbinding, primair op grond van verwijtbaar handelen. De kantonrechter heeft het verzoek toegewezen. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Tussen partijen is niet in geschil dat werknemer, ondanks waarschuwingen, verschillende keren de binnen Nedcargo geldende voorschriften bij ziekmelding niet heeft nageleefd. Het moet werknemer duidelijk zijn geweest dat schending van deze voorschriften door Nedcargo als ontoelaatbaar gedrag werd beschouwd. Toch levert een en ander naar het oordeel van het hof onvoldoende grond op voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst van partijen op

de e-grond. Van een stelselmatig schenden van de voorschriften was geen sprake en er waren ook ziekmeldingen waarbij de ter zake geldende voorschriften wel in acht waren genomen. Verder is het aantal schendingsgevallen beperkt en bleek werknemer in de meeste gevallen uiteindelijk, na ook weer niet heel lange tijd, wel bereikbaar of liet hij van zich horen. Ook neemt het hof in aanmerking dat het Nedcargo bekend was dat werknemer (met haar) moeizaam communiceerde. De vraag ligt voor of de overeenkomst op een andere grond ontbonden kan worden. Naar het oordeel van het hof is het disfunctioneren van werknemer evident maar of dat een ontbinding kan rechtvaardigen kan onbesproken blijven nu naar het oordeel van het hof in ieder geval in de g-grond een rechtvaardiging voor de ontbinding gelegen is. Al sinds 2014 bestonden er problemen met de werkprestaties en de werkhouding van werknemer. Nedcargo heeft allerlei pogingen ondernomen om de onderliggende verhoudingen te verbeteren, door het meermaals met werknemer voeren van gesprekken over zijn functioneren en ook dus door overplaatsing binnen de onderneming, maar desondanks is er geen uitzicht op verbetering en een normale voortzetting van de arbeidsrelatie bereikt. De ontbinding wordt bekrachtigd.

Vergoedingen

Naar het oordeel van het hof kan uit de feiten niet worden afgeleid dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van werknemer. Werknemer functioneerde niet naar behoren maar nergens blijkt dat werknemer de arbeidsovereenkomst met Nedcargo bewust heeft laten ontsporen. Ook aan de zijde van Nedcargo is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen. Werknemer maakt aanspraak op een transitievergoeding, maar niet op een billijke vergoeding.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1082

Zaaknummer: 200.285,206/01

Rechters: S.R. Mellema, H.J. van Kooten en M.B. Kerkhof

Advocaten: R.A. Severijn en L.B. de Graaf

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

RECHTSPRAAK

Langdurig zieke werkneemster disfunctioneert in haar nieuwe functie doordat ze haar beperkte taken niet afkrijgt en veel conflicten heeft met collega's en leidinggevendenden. Ontbinding op de d-grond toegewezen.

Feiten

Werkneemster is op 1 augustus 2007 in dienst getreden van Stichting BVE Zuid-Limburg (hierna: Vista) in de functie van docent/begeleider. Op 3 april 2013 heeft werkneemster zich ziek gemeld, hetgeen verband hield met spanningen op het werk en (sluimerende) conflicten met collega's. Partijen hebben zich na de ziekmelding gericht op re-integratie in haar eigen functie. Werkneemster heeft diverse pogingen ondernomen om na de ziekmelding ten dele te hervatten in aangepast werk, maar zij heeft zich telkens na een gedeeltelijke hervatting opnieuw ziek gemeld. Vista heeft van meerdere collega's van werkneemster klachten over werkneemster ontvangen. Met ingang van 4 maart 2015 is aan werkneemster een WGA-uitkering toegekend. Vista heeft werkneemster vervolgens in een herplaatsingstraject geplaatst. Op 28 maart 2017 heeft de bedrijfsarts werkneemster volledig arbeidsgeschikt bevonden voor de eigen functie als docent/begeleider. Werkneemster is vervolgens herplaatst op de afdeling Taal in de functie van trajectbegeleider. Met de herplaatsing is werkneemster akkoord gegaan. Op 16 maart 2018 heeft een functioneringsgesprek plaatsgevonden met werkneemster, waarin twee incidenten met collega's en de werkdruk zijn besproken. Tijdens dat gesprek heeft Vista werkneemster medegedeeld dat zij tot de zomervakantie de kans kreeg om zich te verbeteren. Werkneemster is er niet in geslaagd de Uitstroomrapportages (UR's) voor het einde van het schooljaar af te ronden. Op 11 oktober 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de teamleider en werkneemster waarin onder meer is besproken dat werkneemster nog altijd te weinig productief was. Op 18 december 2018 heeft werkneemster zich weer ziek gemeld bij Vista. Partijen zijn een mediationstraject gestart en hebben daarna zonder resultaat onderhandeld over beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Sinds medio december 2018 heeft werkneemster geen arbeid in dienst van Vista verricht. Vista verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden en aan haar een transitievergoeding toe te kennen.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de d-grond. Daartoe overweegt hij het volgende. Na de periode van arbeidsongeschiktheid van de eigen functie is werkneemster herplaatst als trajectbegeleider. Tussen partijen staat vast dat zij vanaf het moment van herplaatsing nooit volledig de taken die verbonden zijn aan de functie heeft hoeven verrichten. Desondanks is werkneemster er niet in geslaagd de aldus in omvang beperkte werkzaamheden naar behoren te verrichten. Zo slaagde werkneemster er niet in de UR's tijdig af te ronden. Daar is zij in diverse gesprekken op gewezen. De kantonrechter verwerpt het verweer van werkneemster dat zij niet in staat is gesteld haar functioneren te verbeteren. Er zijn immers talrijke gesprekken door de jaren heen geweest en zij is vanaf juni 2018 voor alle andere werkzaamheden vrijgesteld om de UR's tijdig rond te krijgen voor de zomervakantie 2018. Daarna heeft Vista werkneemster nog een extra kans gegund om te voldoen aan de norm en haar in staat gesteld een cursus te volgen. Ook dat heeft niet tot verbetering geleid. Van Vista kan in redelijkheid niet verlangd worden om werkneemster elders binnen haar organisatie te herplaatsen. Dit houdt verband met de subsidiaire g-grond. De arbeidsverhoudingen tussen partijen zijn immers zo ernstig verstoord dat van Vista niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Gebleken is dat werkneemster vanaf in ieder geval april 2013 met grote regelmaat in conflictsituaties met collega's en leidinggevendenden is beland. Bovendien blijkt uit hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, dat werkneemster enorm sterk wantrouwen koestert jegens Vista alsmede haar collega's. Ook dat staat in de weg aan herplaatsing binnen de organisatie. Het oordeel kan dan ook niet anders luiden dan dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werkneemster toewijsbaar is. De transitievergoeding wordt aan werkneemster toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 11-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:5205

Zaaknummer: 9177743 AZ VERZ 21-58

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: E.V.C. Savelkoul en T.G.J. Horlings

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub d BW, 7:671b BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Geheimhoudingsbeding, relatiebeding en boetebeding opgenomen in afzonderlijk document zijn niet rechtsgeldig overeengekomen. Document is niet aan werknemer toegezonden en werknemer heeft niet uitdrukkelijk verklaard dat hij met de bedingen instemt.

Feiten

Werknemer is op 7 november 2007 bij InAxtion Uitzendgroep B.V. (hierna: InAxtion) in dienst getreden. In de door partijen opgestelde arbeidsovereenkomst gaat werknemer akkoord met de ontvangst en inhoud van het document 'werken voor Inaxtion 2007'. In het document 2007 is onder meer een geheimhoudingsbeding en een concurrentiebeding opgenomen. Op 31 juli 2012 heeft X namens Inaxtion het volgende geschreven aan werknemer: 'Bij controle van je personeelsdossier zag ik dat het arbeidsreglement niet getekend aanwezig is. Deze heb ik bijgevoegd. Wil je het arbeidsreglement op elk pagina paraferen en op de laatste pagina je naam, de datum en handtekening zetten en naar me terugsturen?'. In het bijgevoegde document, getiteld 'Werken voor InAxtion Uitzendgroep B.V.' (hierna: document 2012) is geen geheimhoudings-, relatie- of non-concurrentiebeding opgenomen. Werknemer heeft het dienstverband opgezegd met ingang van 1 oktober 2018. De kantonrechter heeft in eerste aanleg voor recht verklaard dat tussen werknemer en Inaxtion geen relatiebeding, geheimhoudingsbeding en concurrentiebeding van kracht is. Tegen deze beslissing komt InAxtion met haar grieven op. Met een van de grieven betoogt InAxtion dat de schriftelijkheidseis niet geldt voor het geheimhoudingsbeding. De andere grieven houden in dat InAxtion met de door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst dwingend bewijs heeft geleverd van haar stelling dat het relatie- en geheimhoudingsbeding zoals benoemd in document 2007 geldig zijn overeengekomen, terwijl werknemer daarvan geen tegenbewijs heeft geleverd.

Oordeel

Vaststaat dat de bedingen niet in de schriftelijke, door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst waren opgenomen. Eveneens staat vast dat werknemer niet een ander geschrift met de bedingen als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden heeft ondertekend. Het

hof is van oordeel dat ook in hoger beroep niet kan worden vastgesteld dat document 2007 destijds door InAxtion als bijlage bij de schriftelijke arbeidsovereenkomst was gevoegd en aan werknemer is toegezonden. De bewijslast daarvan rust op InAxtion. Anders dan InAxtion betoogt, is dat bewijs met de door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst, waarin ook niet vermeld is dat het document als bijlage was bijgevoegd, niet geleverd. Weliswaar heeft InAxtion hiervan aanvullend bewijs aangeboden maar daaraan gaat het hof voorbij omdat InAxtion weinig of niets heeft gesteld over de manier waarop – en door wie – verzending van het document als bijlage bij de door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst zou hebben plaatsgevonden. De vraag of werknemer desalniettemin aan de inhoud van de bedingen is gebonden doordat hij in de door hem ondertekende arbeidsovereenkomst heeft verklaard dat hij instemt met de bedingen wordt ontkennend beantwoord. Uit deze zin valt immers niet af te leiden dat werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kennis heeft genomen van de bedingen. Daarbij komt dat voor het aan het geheimhoudingsbeding gekoppelde boetebeding het vereiste geldt dat het schriftelijk wordt aangegaan. Gelet op de ratio van het schriftelijkheidsvereiste dient, als het beding in een bijlage staat, deze bijlage bij de arbeidsovereenkomst te zijn gevoegd dan wel dient de werknemer in de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk te hebben verklaard dat hij instemt met het boetebeding. Het *Philips/Oostendorp*-vereiste is dus in zoverre ook van toepassing op het boetebeding, en daarin is in deze zaak niet voldaan. De slotsom is dat het hoger beroep tevergeefs is ingesteld en dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1226

Zaaknummer: 200.266.346/01

Rechters: F.J. Verbeek, H.J. van Kooten en A.J. Swelheim

Advocaten: E. den Hartog en I.B. Jansse

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Schorsing van leraar na een interview waarin hij andere scholen oproept om leerlingen van zijn school op te nemen is niet gerechtvaardigd. Geen wederhoor toegepast en ook staat de zwaarwegende grond niet vast.

Feiten

Werknemer is per 1 augustus 2020 in dienst getreden bij Stichting voor Persoonlijke Onderwijs Hurdegaryp (hierna: SvPO) als docent aardrijkskunde op het Tjalling Koopmans College (hierna: TKC) met een arbeidsovereenkomst tot 1 augustus 2021. Op de arbeidsovereenkomst is de Rechtspositieregeling SvPO van toepassing. SvPO is negatief in het nieuws gekomen. In een krantenartikel in het dagblad Trouw van 12 juni 2021, met als kop: "Hoe een onderwijsideaal verzandt in dubieuze geldtransacties, belangenverstrengeling en gedesillusioneerde docenten" is kritisch ingegaan op de bestuursorganisatie bij SvPO, de geldstromen tussen de overkoepelde SvPO-stichting en de scholenstichtingen en de gehanteerde leersystemen op de scholen. Omrop Fryslân heeft eveneens aandacht besteed aan de situatie binnen SvPO. Op 12 juni 2021 heeft werknemer een radio-interview gegeven. Daarin zegt hij onder andere dat er een angstcultuur heerst binnen de school en doet hij onder andere een oproep aan andere scholen in Friesland om leerlingen van het SvPO op te nemen die weg zouden willen. Naar aanleiding van de berichten in de media heeft de schoolleider van SvPO op 12 juni 2021 telefonisch contact opgenomen met werknemer. Werknemer is vervolgens op 13 juni 2021 op non-actief gesteld omdat hij het TKC een dictatoriale malafide organisatie zou hebben genoemd en de leerlingen zou hebben vergeleken met gijzelaars. Werknemer heeft diezelfde dag geprotesteerd tegen de op non-actief stelling en de aantijgingen van de schoolleiding verworpen. Werknemer vordert dat de kantonrechter SvPO veroordeelt om hem toe te laten tot zijn bedongen arbeid, tot rectificatie van haar uitlatingen en betaling van een dwangsom.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat SvPO werknemer niet in de gelegenheid heeft gesteld om zijn opvattingen omtrent de voorgenomen schorsing kenbaar te maken. X heeft weliswaar op 12

juni 2021 met werknemer gebeld, maar ter zitting hebben beide partijen aangegeven dat in dat gesprek niet is gesproken over eventueel te treffen maatregelen naar aanleiding van het door werknemer gegeven interview. De kantonrechter is dan ook van mening dat de procedureregels met betrekking tot de hoorplicht niet zijn nageleefd op de wijze zoals voorgeschreven in de Rechtspositieregeling. Ook in de schorsingsbrief is niet duidelijk aangegeven waarom het in dit geval dringend noodzakelijk is om werknemer voor de laatste weken van zijn dienstverband van de werkvloer te weren. Daarmee is het niet aannemelijk dat de schorsing in de bodemprocedure stand zou houden. Ook op inhoudelijke reden is de kantonrechter vooralsnog van mening dat het schorsingsbesluit niet houdbaar is. Volgens de kantonrechter is voorshands niet gebleken dat werknemer zou hebben gezegd dat het TKC een dictatoriale organisatie is en de leerlingen gijzelaars, terwijl SvPO op deze grond tot schorsing is overgegaan. De bewoordingen die door een anoniem gebleven docent(e) zijn gebruikt in het interview of het gesprek met Omrop Fryslân dat kennelijk aan het interview van werknemer is voorafgegaan, kunnen zonder nadere toelichting niet aan werknemer worden toegerekend. De kantonrechter heeft kennisgenomen van het interview van werknemer waarin hij alle scholen in Friesland heeft opgeroepen de leerlingen ruimhartig op te nemen. Alhoewel voorstelbaar is dat SvPO de opmerkingen van werknemer als grievend en schadelijk heeft ervaren, is de kantonrechter van oordeel dat de negatieve uitlatingen vrijwel in het niet vallen bij de ernstige verdachtmakingen in het dagblad Trouw door een groep anonieme docenten van verschillende SvPO-vestigingen. De kantonrechter heeft echter geen aanleiding om te veronderstellen dat werknemer aan dit artikel heeft meegewerkt. Werknemer heeft bovendien ter zitting aannemelijk gemaakt dat hij niet uit was op persoonlijk gewin maar dat hij meende in het belang van de kinderen van de school te moeten handelen. Alhoewel niet is uitgesloten dat het interview nadelig is voor SvPO, valt dit werknemer niet zodanig aan te rekenen dat hij om die reden met onmiddellijke ingang moest worden geschorst. Op grond van het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat vooralsnog niet is gebleken dat SvPO een zwaarwegende grond had om tot schorsing over te gaan. Daarom kan van SvPO worden gevergd dat aan werknemer de gelegenheid wordt geboden om gedurende de laatste week van het schooljaar te worden toegelaten op het werk. Weliswaar is sprake van een verstoorde arbeidsverhouding tussen SvPO en werknemer en heeft SvPO gesteld dat toelating van werknemer tot de werkvloer tot onrust zal leiden, maar de relatie met de leerlingen en overige docenten lijkt onverminderd goed te zijn gebleven. De vordering tot rectificatie wordt wel afgewezen wegens gebrek aan belang.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 30-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:2696

Zaaknummer: 9285249 \ CV EXPL 21-3678

Rechters: J.A. Werkema

Advocaten: J.L. Aarts en J. du Bois

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Voorwaardelijke ontbinding afgewezen omdat werknemer, die op staande voet was ontslagen nadat hij drugs aanbood aan zijn collega's en een collega aanviel met een bierflesje en een ploertendoder, de gedragingen erkent en berust in het ontslag.

Feiten

Werknemer is sinds 1 mei 2016 in dienst bij Kloosterboer IJmuiden B.V. (hierna: Kloosterboer). Op 28 december 2020 heeft er tussen Kloosterboer en werknemer een gesprek plaatsgevonden waarin werknemer gehoord is over de incidenten die zich op 24 december 2020 hebben afgespeeld. Werknemer heeft tijdens dit gesprek de verweten gedragingen erkend. Bij brief van 28 december 2020 heeft Kloosterboer werknemer op staande voet ontslagen. In deze brief is onder meer aangegeven welk incident heeft plaatsgevonden. Op 24 december aan het einde van de werkdag heeft werknemer, na het vertrek van de voorman, in de kantine in het bijzijn van anderen cocaïne gebruikt en ook aan anderen aangeboden. Werknemer heeft ook drugs aangeboden aan een collega die kenbaar maakte hier niet van gediend te zijn. Dat viel bij werknemer niet in goede aarde en heeft ook geleid tot het door werknemer gooien van een bierflesje naar de collega. Op camerabeelden is vervolgens te zien dat werknemer beneden in zijn auto aan het wachten was op zijn collega. Werknemer heeft daarbij aanleiding gezien werknemer aan te vallen met een ploertendoder die hij in zijn auto had. De collega heeft hierbij verwondingen opgelopen en zich laten behandelen. Kloosterboer verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden.

Oordeel

De kantonrechter stelt vast dat werknemer ter zitting heeft verklaard dat hij de verweten gedragingen erkent en berust in het ontslag op staande voet. Daarmee is komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd op 28 december 2020. Dit betekent dat de voorwaarde waaronder Kloosterboer het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft gedaan, niet is vervuld en ook niet meer tot vervulling zal komen. Het verzoek hoeft daarom niet te worden beoordeeld, zodat de verzochte ontbinding wordt afgewezen. Bij deze stand van zaken zullen de proceskosten worden gecompenseerd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 11-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:4741

Zaaknummer: 8978504 \ AO VERZ 21-5

Rechters: D.P. Ruitinga

Advocaten: J.L. van Schouten

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Werkgever heeft het loon van arbeidsongeschikte werknemer terecht opgeschort en vervolgens gestopt vanwege het niet verrichten van passende arbeid en het meewerken aan het (bijgestelde) plan van aanpak.

Feiten

Werknemer is op 6 februari 2017 in dienst getreden bij werkgever en was laatstelijk werkzaam als chauffeur. Op 6 mei 2020 heeft werknemer zich arbeidsongeschikt gemeld. Bij advies van 18 november 2020 heeft de Arbo-arts onder meer geschreven dat werknemer belastbaar is voor re-integratieactiviteiten en passende arbeid. Op 18 november 2020 is ook een inzetbaarheidsprofiel opgesteld. Op 19 november 2020 heeft werkgever naar aanleiding van het advies van de Arbo-arts van 18 november 2020 een bijstelling plan van aanpak WIA opgesteld. Werknemer heeft dit plan van aanpak niet ondertekend. Op 16 december 2020 heeft de Arbo-arts dit advies grotendeels herhaald. Op 13 januari 2021 is werknemer op kantoor van werkgever verschenen voor een gesprek. Bij e-mail van 14 januari 2021 heeft de gemachtigde van werkgever aan werknemer onder meer geschreven dat het loon zal worden opgeschort. Bij rapportage van 27 januari 2021 heeft de Arbo-arts (per abuis) het vakje 'vanwege focus op herstel vooralsnog niet starten met re-integreren' aangekruist. Verder staat in de rapportage: 'Gezien de aankomende behandeling is er sprake van een tijdelijke GBM-situatie in de periode 4-2-2021 tot aan 22-3-2021. Gedurende deze periode is betrokkene niet belastbaar te achten voor re-integratieactiviteiten en passende arbeid.' Op 29 januari 2021 heeft de gemachtigde van werkgever per e-mail aan werknemer geschreven dat de aangezegde loonopschorting wordt omgezet in een loonstop. Op 27 januari 2021 heeft een arbeidsdeskundig onderzoek plaatsgevonden, waar ook mediation wordt geadviseerd. Bij e-mail van 12 februari 2021 heeft de gemachtigde van werknemer aan de gemachtigde van werkgever geschreven dat er in verband met de rapportage van de Arbo-arts van 27 januari 2021 geen juridische basis (meer) bestaat voor de loonopschorting van 13 januari 2021 en de loonstop van 27 januari 2021. Op 3 maart 2021 heeft werknemer een deskundigenoordeel aangevraagd bij het UWV om te beoordelen of het werk dat hij moet doen, passend is. De conclusie van het rapport is: 'Er bestaat geen contra-indicatie om genoemde werkzaamheden

te verrichten.’ Werknemer stelt dat werkgever de loonbetaling niet mocht opschorten en/of stoppen en vordert onder meer dat de kantonrechter bij wijze van voorlopige voorziening werkgever veroordeelt tot nabetaling van het bedongen salaris.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat het in onvoldoende mate waarschijnlijk is dat de vordering van werknemer in een bodemprocedure wordt toegewezen. In tegenstelling tot wat werknemer aanvoert, volgt uit de rapportages van de Arbo-arts van 18 november 2020 en 16 december 2020 niet dat werknemer geen passende werkzaamheden zou kunnen uitvoeren voordat een arbeidsdeskundig onderzoek had plaatsgevonden; een arbeidsdeskundig onderzoek wordt geadviseerd, maar niet als voorwaarde gesteld. Gelet op het voorgaande was werknemer gehouden passende arbeid te accepteren conform het door de bedrijfsarts opgestelde inzetbaarheidsprofiel. Vast staat dat aan werknemer schuurwerkzaamheden in de lasloods zijn aangeboden. Of daarnaast nog andere werkzaamheden zijn aangeboden, kan gelet op het volgende in het midden blijven. Uit het deskundigenoordeel van 21 april 2021 volgt dat de aangeboden (schuur)werkzaamheden passend waren, zodat werknemer gehouden was die werkzaamheden accepteren. Daaraan kan het feit dat een multidisciplinair interventietraject gepland stond niet afdoen. Ter zitting heeft werkgever onweersproken gesteld dat dat traject niet vóór 25 februari 2021 zou starten (en is gestart). Voor zover werknemer zijn vordering baseert op de e-mail van de Arbo-arts van 7 januari 2021, wordt overwogen dat op het moment waarop werknemer in staat werd geacht passende arbeid te verrichten (19 november 2020) en op de momenten van de loonopschorting en loonstop (januari 2021), de behandeling niet ‘op korte termijn’ zou gaan plaatsvinden. De kantonrechter vindt verder dat werknemer uit de hiervoor besproken startdatum van het behandeltraject, de eerdere adviezen van de Arbo-arts en de context van het advies van de Arbo-arts van 27 januari 2021 had moeten begrijpen dat de Arbo-arts in die rapportage per abuis ‘vanwege focus op herstel vooralsnog niet starten met re-integreren’ had aangevinkt. Hij mocht daaraan dan ook niet de verwachting ontleenen dat hij vanaf 27 januari 2021 niet (meer) behoefde te re-integreren. Gelet op het voorgaande is het voorlopig oordeel van de kantonrechter dat werknemer ten onrechte passende arbeid heeft geweigerd, zodat werkgever terecht zijn loon heeft opgeschort en gestopt. Daarmee had het ook op de weg van werknemer gelegen om het bijgestelde plan van aanpak te ondertekenen, zodat werkgever ook vanwege het niet ondertekenen van het plan van aanpak de loonbetaling aan werknemer mocht opschorten (en vervolgens stoppen). Ook op de zitting heeft werknemer verklaard dat hij niet in staat was (en is) om werkzaamheden te verrichten. Het had dan ook op zijn weg gelegen om direct na dat advies (van 18 november 2020) een second opinion of deskundigenoordeel te vragen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:4532

Zaaknummer: 9094289 \ VV EXPL 21-44

Rechters: M.Y.H.G. Erkens

Advocaten: J.F.R. Eisenberger en K. van der Leij

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:658a BW en 7:660a BW

RECHTSPRAAK

In de periode tussen het eerste ontslag op staande voet en – na intrekking van de eerste – het tweede ontslag op staande voet bestond geen arbeidsovereenkomst tussen partijen.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 januari 2020, of eerder, in dienst getreden bij Sina. Op 4 maart 2020 heeft er een gesprek plaatsgevonden en heeft werknemer een voorschot op zijn loon gevraagd. Sina wilde daar in eerste instantie niet aan meewerken, waarna er een woordenwisseling heeft plaatsgevonden. Later die dag is een voorschot betaald. Op 5 maart 2020 is werknemer niet op het overeengekomen tijdstip op zijn werk en bij PostNL verschenen. Daarover is contact geweest, waarna werknemer diezelfde dag op staande voet is ontslagen. Verder is in een schriftelijke verklaring van PostNL opgenomen dat werknemer zich zou hebben aangemeld via een andere ondernemer. Werknemer heeft bezwaar gemaakt tegen het ontslag op staande voet en heeft zich daarnaast ziek gemeld. Sina heeft aangegeven dat het haar verbaast dat werknemer ziek is, nu het haar zou zijn gebleken dat hij wel werkzaamheden voor PostNL zou hebben verricht. Werknemer heeft zich per 19 maart 2020 hersteld gemeld. Per e-mail van 20 maart 2020 heeft Sina aangegeven dat het ontslag op staande voet d.d. 4 maart 2020 vanwege de bewijspositie wordt ingetrokken, maar dat werknemer opnieuw wegens een dringende reden op staande voet wordt ontslagen, waaronder (1) elders werken terwijl hij zich voor diezelfde werkzaamheden had ziek gemeld, (2) daarover niet de waarheid heeft verklaard, (3) door leugenachtige verklaringen trachten Sina geld afhandig te maken. Werknemer heeft vernietiging van het ontslag gevorderd. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. Werknemer komt tegen de beschikking in hoger beroep.

Oordeel

Op vragen over het intrekken van het ontslag op staande voet heeft Sina geantwoord dat de brief van werknemer van 10 maart 2020 aldus moet worden begrepen dat daarin wordt verzocht om het ontslag op staande voet d.d. 5 maart 2020 in te trekken, en dat de brief van de Sina van 20 maart 2020 moet worden beschouwd als een acceptatie van dat verzoek. Het hof

volgt deze uitleg van beide brieven. Dat betekent dat in de periode 5 maart 2020 tot 10 maart 2020 geen dienstverband tussen partijen bestond. Voor de aansluitende periode tot het moment waarop werknemer de brief van 20 maart 2020 ontving, geldt hetzelfde, met dien verstande dat in de brief van 10 maart 2020 een aanbod in de zin van artikel 6:217 lid 1 BW was gedaan. Op het moment waarop werknemer de brief van 20 maart 2020 ontving, gold het aanbod als aanvaard, zodat op dat moment weer een dienstverband tussen partijen ontstond. Dat dienstverband hield echter op hetzelfde moment op te bestaan, omdat werknemer bij dezelfde brief opnieuw op staande voet werd ontslagen.

Dringende reden

De eerste ontslaggrond is dat werknemer terwijl hij zich had ziek gemeld, werkzaamheden voor een derde zou hebben verricht. Zelfs indien dit zou vaststaan, hetgeen door werknemer wordt weersproken, dan vormt dat naar het oordeel van het hof geen dringende reden. Tussen 5 en 20 maart 2020 was de situatie immers dat geen arbeidsovereenkomst bestond. Daar komt bij dat Sina geen controle heeft laten uitvoeren, zodat niet vaststaat dat werknemer arbeidsongeschikt was voor eigen dan wel aangepaste werkzaamheden. De tweede ontslaggrond houdt in dat werknemer heeft gelogen over de werkzaamheden. Het hof acht de diverse verklaringen van werknemer over de door hem tussen 5 en 20 maart 2020 verrichte werkzaamheden niet geloofwaardig. Zulks vormt naar het oordeel van het hof echter geen dringende reden, voor zover deze verklaringen door werknemer zijn gedaan tussen 5 en 20 maart 2020: in die periode bestond immers geen dienstverband tussen hem en Sina. De tweede door Sina genoemde ontslaggrond is daarmee ook niet geldig. De derde ontslaggrond bestaat erin dat werknemer aanspraak maakt op niet betaald loon over het jaar 2019. Of tussen partijen in 2019 een arbeidsovereenkomst heeft bestaan of niet, is onderwerp van een nog lopende juridische procedure. Ook dit vormt geen dringende reden. Het ontslag op staande voet is dan ook niet geldig. De billijke vergoeding die door werknemer wordt verzocht, wordt echter op nihil gesteld. Werknemer heeft zijn verzoek om een billijke vergoeding onvoldoende onderbouwd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1806

Zaaknummer: 200.283.339/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, G.C.C. Lewin en G.C. Boot

Advocaten: J.W. Landman en J.L.W. Nillesen

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Aanwezigheid van werknemer namens nieuwe werkgever op een beurs waarin monsternametoestellen voor afvalwater werden getoond en deelname aan een gesprek hierover gericht op verkoop en advisering is strijdig met het overeengekomen (concurrentie)beding.

Feiten

Werkgever verkoopt, installeert en onderhoudt onder de naam Efcon Water monsternametoestellen of 'samplers' voor afvalwater. Werknemer is op 1 maart 2007 in dienst getreden bij werkgever. In zijn functie hield werknemer zich onder meer bezig met de verkoop van monsternametoestellen en verrichtte hij technische werkzaamheden in verband met het plaatsen van deze apparatuur. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentie-, relatie- en geheimhoudingsbeding opgenomen. In november 2018 heeft werknemer aan werkgever te kennen gegeven bij ODS in dienst te willen treden. ODS levert onder meer monsternametoestellen van het merk WaterSam. Werkgever heeft werknemer in reactie op zijn voorgenomen overstap naar ODS laten weten dat hij hem houdt aan zijn concurrentie-, relatie-, en geheimhoudingsbeding. ODS en werknemer hebben werkgever daarop bericht dat van concurrerende werkzaamheden geen sprake zal zijn, omdat werknemer zich uitsluitend zal bezighouden met het verkopen van analyzers en analyzersystemen en dus niet met de verkoop van monsternametoestellen. Werkgever is uiteindelijk akkoord gegaan met indiensttreding van werknemer bij ODS op voorwaarde dat werknemer, op straffe van verbeurte van een direct opeisbare boete, geen werkzaamheden of activiteiten zou verrichten op het gebied van monsternametoestellen voor afvalwater en geen (zakelijk) contact zou onderhouden met WaterSam GmbH, aan WaterSam gelieerde ondernemingen en medewerkers, dan wel andere vertegenwoordigers van WaterSam. Deze afspraken zijn vastgelegd in een op 23 januari 2019 door ODS en werknemer ondertekende verklaring (hierna: de verklaring).

Werknemer is op 1 februari 2019 in dienst getreden van ODS. Van 19 tot en met 21 maart 2019 heeft werknemer samen met een collega ODS vertegenwoordigd op de Aqua Nederland Vakbeurs & Rioleringsvakdagen te Gorinchem. In de beursstand van ODS stonden onder

andere twee monsternametoestellen van WaterSam en lagen brochures van WaterSam in een folderstandaard. Werkgever, eveneens vertegenwoordigd op de beurs, heeft een deurwaarder ingeschakeld die door middel van een proces-verbaal van bevindingen de situatie ter plaatse heeft vastgelegd. Tevens heeft een bedrijfsrechercheur in opdracht van werkgever de stand van ODS bezocht. Hiervan is een rapport opgemaakt. Werkgever heeft in eerste aanleg gevorderd, kort samengevat, voor recht te verklaren dat ODS en werknemer de overeenkomst met werkgever hebben geschonden en zowel ODS als werknemer te veroordelen tot betaling van een boete aan werkgever. De kantonrechter heeft de vorderingen van werkgever toegewezen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen ODS en werknemer op.

Oordeel

Partijen verschillen van mening over de uitleg die aan de in de verklaring opgenomen bepalingen uit de overeenkomst moet worden gegeven. Het hof neemt bij de uitleg van deze bepalingen de Haviltex-norm tot uitgangspunt. De aanleiding voor het aangaan van de overeenkomst was dat partijen van mening verschilden of het concurrentie-, relatie- en geheimhoudingsbeding in de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer in de weg stond aan indiensttreding van werknemer bij ODS. Omdat de monsternametoestellen voor werkgever de belangrijkste bron van inkomsten zijn, was werkgever bereid zijn bezwaren tegen de overstap van werknemer naar ODS te laten varen mits partijen tot duidelijke afspraken konden komen over de monsternametoestellen. Partijen zijn het erover eens dat de overeenkomst (mede) is aangegaan in het belang van werkgever om concurrentie op het gebied van monsternametoestellen te voorkomen. Daarnaast hebben ODS en werknemer benadrukt dat hiermee ook het belang werd gediend van werknemer om bij ODS in dienst te kunnen treden. Uit de verklaring vloeit voort dat is overeengekomen dat werknemer zich gedurende twee jaar behoudens voorafgaande toestemming van werkgever niet zou bezighouden met de in de genoemde NEN-richtlijnen bedoelde monsternametoestellen voor afvalwater, in de ruimste zin van het woord. De verklaring spreekt immers over 'werkzaamheden en activiteiten' die betrekking hebben op dergelijke toestellen, en vervolgens wordt toegelicht wat daaronder wordt verstaan. Die opsomming was niet limitatief.

Tussen partijen is niet in geding dat de monsternametoestellen voor afvalwater van het merk WaterSam, die zich in de stand bevonden tijdens de beurs, vallen onder de in de verklaring vermelde NEN-normen en dat ODS en werknemer geen toestemming aan werkgever hadden gevraagd voor de aanwezigheid van werknemer tijdens de beurs in de stand van ODS. Het hof concludeert dat de aanwezigheid van werknemer tijdens de beurs in de stand van ODS waarin (ook) monsternametoestellen voor afvalwater werden getoond, strijdig is geweest met de verklaring. Deelname aan een dergelijke beurs heeft immers tot doel om de verkoop van en

advisering over producten te bevorderen. In zoverre is naar het oordeel van het hof sprake geweest van een 'activiteit' als bedoeld in de verklaring. Een en ander geldt eveneens voor het deelnemen van werknemer aan het gesprek met de bedrijfsrechercheur over monsternametoestellen voor afvalwater. Dat gesprek was gericht op de verkoop van en advisering over deze producten en dient daarom ook te worden beschouwd als een 'activiteit' als bedoeld in de verklaring. Van werknemer had in het licht van de overeenkomst verwacht mogen worden dat hij van meet af aan deelname aan het gesprek had vermeden. Het hof concludeert dat ODS en werknemer de overeenkomst tussen partijen zoals vastgelegd in de verklaring niet zijn nagekomen, omdat werknemer als medewerker van ODS aanwezig is geweest in de stand van ODS op de beurs waar de in de verklaring bedoelde monsternametoestellen werden aangeboden, en omdat werknemer is geconsulteerd en zich heeft gemengd in een verkoopgesprek over de in de verklaring bedoelde monsternametoestellen. Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 08-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1225

Zaaknummer: 200.277.265/01

Rechters: F.J. Verbeek, R.J.F. Thiessen en R.S. van Coevorden

Advocaten: A. van Toledo en N.P. Jonker

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Geschil over afwikkeling arbeidsovereenkomst. Werknemer is uit hoofde van een geldleningsovereenkomst nog een bedrag aan werkgever verschuldigd en werkgever mag dit bedrag verrekenen met laatste salarisbetaling. Werknemer kan (gedeeltelijk) aanspraak maken op provisie.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 januari 2018 werkzaam geweest bij Smiled B.V. Voordien, op 3 november 2017 en 30 november 2017, heeft de bestuurder van Smiled twee keer een bedrag van € 2.500 op een bankrekening van werknemer overgemaakt. Op 25 januari 2018 hebben partijen een leningsovereenkomst gesloten, waarbij Smiled een bedrag van € 5.000 aan werknemer ter beschikking heeft gesteld. Op 26 januari 2018 heeft Smiled een bedrag van € 5.000 aan werknemer overgemaakt. Werknemer heeft op diezelfde dag een bedrag van € 5.000 aan de bestuurder overgemaakt. In een brief van 24 mei 2018 heeft Smiled aan werknemer laten weten dat zijn arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd. Daarnaast is verzocht om de door Smiled verstrekte lening af te betalen voor het einde van de arbeidsovereenkomst. Op 25 juni 2018 heeft Smiled werknemer geschorst. In een brief van 24 juli 2018 heeft werknemer Smiled aangeschreven tot betaling van achterstallig loon over de maand juni 2018 en € 4.000 bruto op grond van de provisieregeling. Beide partijen hebben vorderingen bij de kantonrechter ingesteld. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werknemer de lening aan Smiled verschuldigd is en acht Smiled bevoegd om tot verrekening over te gaan met het salaris van werknemer. De vordering inzake provisie is afgewezen. Hiertegen komt werknemer in hoger beroep op.

Oordeel

Het hof stelt vast dat niet in geschil is dat de bestuurder op 3 en 30 november 2017 een bedrag van € 2.500 aan werknemer heeft betaald. Uit de overgelegde WhatsApp-correspondentie blijkt dat dit te maken had met financiële nood van werknemer wegens het uitblijven van salarisbetaling elders. Dat deze betaling verband hield met een tussen partijen afgesproken vergoeding voor verrichte werkzaamheden, blijkt daaruit geenszins. De enkele uitlating dat

werknemer deze betaling waardeert en het ook ruimschoots goed gaat maken, is onvoldoende om ervan uit te gaan dat die betaling wel berust op een dergelijke afspraak. Dat valt ook niet te rijmen met de omstandigheid dat werknemer desgevraagd aangeeft hoeveel hij nodig heeft. De uitlatingen van werknemer kunnen niet dienen als ondersteuning van zijn stelling dat de betalingen in 2017 berustten op een door partijen gemaakte afspraak voor vergoeding van werkzaamheden voor Smiled. Hiervoor is van belang dat werknemer desgevraagd niet concreet en specifiek, maar juist vaag en wisselend over die afspraak heeft verklaard en daar de uitdrukkelijke betwisting van Smiled tegenover staat. Onder deze omstandigheden kan aan het feit dat Smiled pas bij het einde van het dienstverband aanspraak heeft gemaakt op terugbetaling van de lening, ook niet het gewicht worden toegekend dat werknemer daaraan toegekend wenst te zien. Al met al oordeelt het hof dat werknemer onvoldoende heeft aangevoerd om de dwingende bewijskracht van de akte te ontzenuwen van de in de geldleningsovereenkomst vermelde feiten dat Smiled € 5.000 aan werknemer heeft geleend en dat die lening diende ter inlossing van de persoonlijke schuld van werknemer van dit bedrag aan de bestuurder. Gelet op het voorgaande gaat het hof ervan uit dat werknemer € 5.000 van Smiled heeft geleend en dat werknemer dit bedrag aan Smiled niet heeft afgelost. Omdat het hof uitgaat van een lening van Smiled aan werknemer, kan Smiled deze lening, vermeerderd met de verschuldigde rente, verrekenen met de laatste salarisbetaling aan werknemer. Tot slot oordeelt het hof ten aanzien van de gevorderde provisie dat werknemer slechts met betrekking tot één project recht heeft op betaling van de overeengekomen provisie. Derhalve kan werknemer enkel aanspraak maken op € 1.000 bruto aan provisie.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:6372

Zaaknummer: 200.267.532/01

Rechters: M. Willemse, W.F. Boele en J. Schulp

Advocaten: M. Helmantel en A.J. Elema

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:632 BW, 156 Rv en 157 Rv

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst vanwege een verstoorde arbeidsverhouding houdt ook in hoger beroep stand. Werkgever heeft ernstig verwijtbaar gehandeld door niet in te grijpen in het rijzende conflict tussen werknemer en collega's. Hof verhoogt billijke vergoeding en stelt vast dat de contractuele vergoeding correct is berekend.

Feiten

Werknemer is sinds 15 november 2006 in dienst van werkgeefster. De samenwerking tussen de afdelingen verliep stroef en de medewerkers klaagden over en weer over elkaar. Zo heeft werknemer meerdere keren geklaagd over het gedrag van de directeur. Teneinde de samenwerking te verbeteren is eind 2018 besloten om een coachtraject te starten. Op 1 mei 2019 heeft een incident plaatsgevonden tussen de directeur en werknemer. Op 18 juni 2019 en 12 juli 2019 hebben in het kader van het coachtraject weer twee sessies plaatsgevonden. Omdat werknemer vond dat zijn leidinggevende onvoldoende deed met zijn klachten omtrent de directeur, heeft hij op 17 juli 2019 melding gemaakt bij HR, die hem heeft doorverwezen naar de vertrouwenspersoon. Vervolgens is mediation geadviseerd en werknemer heeft aangegeven hieraan te willen meewerken. Werkgeefster heeft dit traject echter niet in werking gezet. Op 22 oktober 2019 heeft werknemer een voortgangsgesprek gevoerd. In dat gesprek werd werknemer verteld dat sprake was van een vertrouwensbreuk en dat werkgeefster de arbeidsovereenkomst met hem wilde beëindigen. Bovendien werd werknemer in dit gesprek voor het eerst geconfronteerd met ernstige kritiek van negen collega's, die niet eerder met hem was gedeeld. Na enige e-mailcorrespondentie hierover heeft werknemer het beëindigingsvoorstel afgewezen. Werkgeefster heeft toen een ontbindingsverzoek ingediend. In eerste aanleg is de arbeidsovereenkomst ontbonden op de g-grond, met toewijzing van een billijke vergoeding van € 50.000 bruto vanwege ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgeefster. Hiertegen komt werknemer in principaal hoger beroep en werkgeefster in incidenteel hoger beroep op.

Oordeel

Verstoorde arbeidsverhouding

Tussen partijen staat vast dat vanwege de stroeve samenwerking een coachtraject is gestart. Gedurende het coachtraject zijn de problemen tussen werknemer en de directeur geëscaleerd tijdens het incident op 1 mei 2019. Op dat moment had werkgeefster moeten ingrijpen en bijvoorbeeld mediation moeten voorstellen. Door dat niet te doen heeft werknemer zich gedwongen gezien om zich tot HR en de externe vertrouwenspersoon te wenden, waarmee het conflict is verdiept en verbreed. Van mediation is het nooit gekomen en vervolgens is werknemer tijdens een voortgangsgesprek op 22 oktober 2019 geconfronteerd met kritiek van negen collega's, waarbij is aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bovendien werd werknemer in dit gesprek voor het eerst geconfronteerd met ernstige kritiek van negen collega's, die niet eerder met hem was gedeeld. Hoewel dit werkgeefster te verwijten valt, en werknemer de kans had moeten krijgen hierop te reageren en zich eventueel te verbeteren, staat het vast dat inmiddels negen (al dan niet directe) collega's hebben aangegeven niet meer met werknemer te willen samenwerken. Gelet op deze feiten en omstandigheden komt ook het hof tot de conclusie dat de arbeidsverhouding tussen werkgeefster en werknemer ernstig en duurzaam is verstoord.

Ernstige verwijtbaarheid

Ook het hof is van oordeel dat werkgeefster in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het ontstaan van de verstoorde arbeidsverhouding. Deze ernstige verwijtbaarheid is met name gelegen in het niet, althans niet adequaat interveniëren in het conflict tussen werknemer en de directeur, het feit dat werkgeefster werknemer lange tijd in het ongewisse heeft gelaten over de kritiek die een groot aantal collega's op hem had, terwijl zij werknemer wel liet participeren in het coachingtraject, en ten slotte het feit dat werkgeefster geen gevolg heeft gegeven aan de afspraak om een mediationtraject in gang te zetten, maar – daarentegen – in het gesprek van 22 oktober 2019 een exittraject is gestart.

Billijke vergoeding en contractuele vergoeding

Het hof heroverweegt de hoogte van de billijke vergoeding en acht het redelijk de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst op twee jaar te stellen. De WW-uitkering en suppletie die werknemer gedurende deze twee jaar zal ontvangen worden in mindering gebracht. De totale inkomens- en pensioenschade berekend over een periode van twee jaar bedraagt € 112.831,91 bruto. Gelet op alle overige omstandigheden van het geval, waaronder de mate van ernstige verwijtbaarheid van werkgeefster alsmede het aandeel van werknemer in de ontstane situatie, acht het hof een billijke vergoeding van € 80.000 bruto passend. In dit verband merkt het hof nog op dat het geen aanleiding ziet de contractuele

beëindigingsvergoeding in aanmerking te nemen bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding. Werknemer zou immers deze contractuele beëindigingsvergoeding ook hebben ontvangen als de arbeidsovereenkomst zonder ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster zou zijn geëindigd. Tot slot overweegt het hof inzake de contractuele beëindigingsvergoeding dat in de arbeidsovereenkomst niet uitdrukkelijk verwezen wordt naar de kantonrechtersformule uit 2006 en aangezien een arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst is, is het naar het oordeel van het hof voorzienbaar dat de kantonrechtersformule gewijzigd kan zijn ten tijde van het ontslag. Voor de wijze van berekening is derhalve de op 30 oktober 2008 gewijzigde kantonrechtersformule bepalend.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1475

Zaaknummer: 200.282.292/01

Rechters: R.J.M. Smit, T.S. Pieters en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: C.E. Stratenus en A. van Toledo

Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:671b BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Ontbindende voorwaarde in arbeidsovereenkomst in verband met intrekking toestemming tot beveiligingswerkzaamheden is geldig in vervulling gegaan doordat de toestemming van werknemer is ingetrokken na verdenking van betrokkenheid bij criminele activiteiten.

Feiten

Op 26 november 2019 is aan werknemer toestemming in de zin van artikel 7 lid 2 van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus verleend om beveiligingswerkzaamheden ten behoeve van Securitas te verrichten en hij is op 8 januari 2020 bij Securitas in dienst getreden. In de arbeidsovereenkomst is een ontbindende voorwaarde opgenomen voor het geval de toestemming voor het uitoefenen van de functie van overheidswege is ingetrokken of niet wordt verlengd. Werknemer is vanaf 8 januari 2020 tewerkgesteld bij een containerbedrijf in de Rotterdamse haven. Twee collega's van werknemer zijn verdacht van betrokkenheid bij criminele activiteiten in de Rotterdamse haven en op 20 juli 2020 is ook werknemer aangehouden. Securitas heeft werknemer naar aanleiding van de aanhouding vrijgesteld van zijn verplichtingen met behoud van salaris. Bij besluit van 7 augustus 2020 is de aan werknemer verleende toestemming tot het verrichten van beveiligingswerkzaamheden door de korpschef ingetrokken. Securitas heeft werknemer bij brief van 13 augustus 2020 meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 12 augustus 2020 van rechtswege is geëindigd omdat door het intrekken van de toestemming op grond van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, de ontbindende voorwaarde uit de arbeidsovereenkomst is ingetreden. Bij brief van 5 september 2020 heeft de officier van justitie aan werknemer bericht dat hij niet zal worden vervolgd. In eerste aanleg zijn de verzoeken van werknemer afgewezen. In hoger beroep verzoekt werknemer opnieuw vernietiging van de ontbindende voorwaarde.

Oordeel

Het hof komt tot de conclusie dat de onderhavige ontbindende voorwaarde rechtsgeldig moet worden geoordeeld. Het is niet in geschil dat de onderhavige voorwaarde een uitvloeisel is van

artikel 7 lid 2 van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. Op grond van dit artikel is het een beveiligingsorganisatie verboden om personen te werk te stellen die niet beschikken over de daarvoor vereiste toestemming van de korpschef. Het gaat hier om een waarborg voor de kwaliteit en betrouwbaarheid van beveiligingsorganisaties. In het licht van deze doelstelling is het verdedigbaar dat een beveiligingsorganisatie een arbeidsovereenkomst die zij aangaat met een werknemer zó inricht, dat de aan haar bekend geworden intrekking van de vereiste toestemming de desbetreffende arbeidsovereenkomst van rechtswege doet eindigen. Het hof voegt hieraan toe dat omstandigheden die ertoe leiden dat de eerder verleende toestemming wordt ingetrokken, in de regel voor rekening van de werknemer zullen komen. Ook daarom kan niet worden aangenomen dat de ontbindende voorwaarde niet is te verenigen met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht. De sepotbeslissing van het OM staat niet in de weg aan de rechtsgeldigheid van de ontbindende voorwaarde. Werknemer miskent dat dit sepot onverlet laat dat hij niet meer beschikte over de toestemming van de korpschef. Dat het sepot van belang is geweest bij de beslissing van de korpschef om de beslissing tot intrekking te herroepen, brengt daarin geen verandering. In de eerste plaats was de motivering van het besluit tot intrekking voor Securitas destijds niet kenbaar. In de tweede plaats volgt uit de motivering van dit besluit dat bij de intrekking heeft meegewogen dat werknemer de criminele en/of strafbare handelingen van zijn collega's niet heeft gemeld bij zijn leidinggevende. Werknemer heeft weliswaar gesteld dat hem dat niet zwaar kan worden aangerekend, maar de korpschef heeft het gedrag van werknemer kennelijk anders gewaardeerd. Zelfs indien Securitas destijds bekend zou zijn geweest met de motivering van het besluit tot intrekking, kan op grond hiervan niet worden aangenomen dat een verzoek tot herroeping van dat besluit na het sepot voor werknemer een gelopen race was. Ook andere omstandigheden waarop werknemer een beroep heeft gedaan, kunnen niet verhinderen dat de ontbindende voorwaarde in vervulling is gegaan en kunnen hem ook overigens niet baten. Hoewel het hof begrijpt dat de situatie voor werknemer ingrijpend is geweest, ziet het hof geen juridische aanknopingspunten zijn grieven te honoreren.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1084

Zaaknummer: 200.289.795/01

Rechters: R.J.F. Thiessen, F.J. Verbeek en P.Th. Sick

Advocaten: G.A.H. Wiekamp en A.C. Zillinger Molenaar

Wetsartikelen: 7:667 BW

RECHTSPRAAK

Is truckchauffeur zelfstandige of werknemer? Kwalificatie van de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan hun relatie, gelet op ontbreken schriftelijke afspraken. Geen sprake van gezagsverhouding. Vorderingen ingevolge schade aan en huur van vrachtwagens (gedeeltelijk) toegewezen.

Feiten

WL Keukenlogistiek B.V. (in deze procedure: Keukenlogistiek c.s.) en de Onderneming zijn beide actief in de transport- en logistieksector. Partijen kennen elkaar al langere tijd. X is in 1999 en 2007 als chauffeur in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) Keukenlogistiek c.s. In 2007 heeft hij samen met Y de Onderneming opgericht. Vanaf 2008 is X uit naam van de Onderneming gaan factureren aan Keukenlogistiek c.s. X heeft (met de Onderneming) met ingang van juni 2015 een vrachtwagen van Keukenlogistiek c.s. gehuurd. Keukenlogistiek c.s. heeft jaarlijks de huur- en tankkosten verrekend met de facturen van X. Daarbij heeft Keukenlogistiek c.s. vanaf 2010 tot (in elk geval) 2017 ook maandelijks vaste bedragen uitgekeerd. X is op 19 december 2019 betrokken geweest bij een verkeersongeval, waarna de vrachtwagen total loss is verklaard. Vanaf januari 2020 is X een nieuwe vrachtwagen gaan huren van Keukenlogistiek c.s. Op 21 februari 2020 heeft X schade gereden aan de nieuwe vrachtwagen. Op 11 april 2020 heeft X via een Whatsappbericht meegedeeld dat hij besloten heeft niet terug te keren en derhalve niet ingepland hoeft te worden. In deze procedure vordert Keukenlogistiek c.s. betaling van diverse bedragen ter nakoming van de huurovereenkomst.

Oordeel

Kwalificatie overeenkomst

Niet ter discussie staat dat er door X arbeid werd verricht wanneer hij een opdracht aanvaardde en deze ook uitvoerde. Het feit dat X zich mocht laten vervangen bij de uitvoering van zijn werkzaamheden (en dat ook deed door zijn vrouw te laten rijden) en dus niet verplicht was de arbeid persoonlijk uit te voeren is een aanwijzing die tégen het bestaan van

een arbeidsovereenkomst pleit, en vóór een vervoerovereenkomst, maar de kantonrechter vindt dit feit niet doorslaggevend. Voorts wijst het feit dat X altijd zelf heeft gefactureerd aan Keukenlogistiek c.s. naar het oordeel van de kantonrechter juist op zelfstandig ondernemerschap (en de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst). Dat hij voor zijn werkzaamheden werd uitbetaald in de vorm van maandelijks vaste bedragen, in combinatie met een verrekening aan het einde van het jaar, maakt dit niet anders. Dit is kennelijk iets dat partijen met elkaar hebben afgesproken. Alle feiten en omstandigheden afwegend, komt de kantonrechter vervolgens tot de conclusie dat geen sprake was van een gezagsverhouding. Daarbij vindt de kantonrechter van doorslaggevend belang dat er voldoende feiten en omstandigheden zijn die wijzen op ondernemerschap. X gedroeg zich met de Onderneming naar buiten toe als een zelfstandig ondernemer nu onder meer sprake was van een KvK-inschrijving en afdracht van omzetbelasting. Bovendien droeg X ondernemersrisico, en had hij zeggenschap over de inhoud van de opdrachten. Dat X bewust ondernemersrisico droeg, vindt de kantonrechter ook blijken uit het feit dat X zelf de samenwerking heeft beëindigd. Daarmee heeft X naar het oordeel van de kantonrechter bewust het risico genomen om elders een betere winst of rendement te gaan behalen. Daarbij weegt de kantonrechter mee dat X eerder ook al is gaan rijden voor andere opdrachtgevers. Daarnaast wijst het feit dat X de vrijheid had om opdrachten al dan niet aan te nemen naar het oordeel van de kantonrechter op de afwezigheid van een gezagsverhouding. Hoewel X werd opgenomen in het rooster van Keukenlogistiek c.s., is dat geen doorslaggevend argument voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding, nu werkzaamheden in de logistiek- en transportsector vereisen dat er aanwijzingen worden gegeven en voorschriften gelden waaraan ook diegenen zich moeten houden die anders dan in loondienst werkzaam zijn. Nu niet is voldaan aan een van de elementen van een arbeidsovereenkomst, komt de kantonrechter tot de conclusie dat de rechtsverhouding gekwalificeerd moet worden als een vervoerovereenkomst. Daarmee staat vast dat X zijn transportwerkzaamheden voor Keukenlogistiek c.s. heeft verricht op grond van een vervoerovereenkomst.

Vorderingen

Vast staat dat X per 11 april 2020 zowel de vervoerovereenkomst als de huurovereenkomst heeft opgezegd. Keukenlogistiek c.s. heeft vervolgens nog de huurkosten van het tweede kwartaal van de nieuwe vrachtwagen in rekening gebracht. De kantonrechter vindt alle omstandigheden in aanmerking genomen een opzegtermijn van één maand redelijk, nu niet is gebleken dat Keukenlogistiek c.s. schade heeft geleden door de directe opzegging van X omdat de vrachtwagen al op haar terrein stond en zij hier per direct over kon beschikken. Dit betekent dat Keukenlogistiek c.s. enkel de huur over de maand april 2020 nog in rekening had mogen brengen. Voorts dient X het eigen risico van de door hem veroorzaakte ongevallen te

betalen. De twee gevorderde schadeposten zullen daarom worden toegewezen. Tot slot worden de overige gevorderde bedragen afzonderlijk beoordeeld en gedeeltelijk toegewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 10-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:2823

Zaaknummer: 8908183 \ CV EXPL 20-6418

Rechters: Janssen, A.A.M. A.A.M. Janssen

Advocaten: F.M.Y. Wertenbroek en S.J. Heijtlager

Wetsartikelen: 7:610 BW en 8:1090 BW

RECHTSPRAAK

Op staande voet ontslagen Sales Advisor H&M heeft geen rechtens te respecteren belang bij vaststelling dat zij niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld nu verzocht wordt de transitievergoeding op nihil vast te stellen.

Feiten

Werkneemster is op 19 oktober 2020 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 19 januari 2021 in dienst getreden van H&M in de functie Sales Advisor. Werkneemster heeft haar werkzaamheden verricht bij instore winkel COS, een merk van H&M, in de Bijenkorf te Rotterdam. Op 3 december 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster, de store manager COS en de bedrijfsrechercheur van R&F Investigations. Van dit gesprek is een gespreksverslag gemaakt en door de betrokkenen ondertekend. Hierin is onder meer vermeld dat werkneemster heeft erkend een bedrag van € 103.467,40 verschuldigd te zijn aan de Bijenkorf. Daarnaast heeft werkneemster een eigen verklaring opgesteld en ondertekend. Op diezelfde dag is werkneemster op staande voet ontslagen. Bij brief van 3 december 2020 is het ontslag schriftelijk bevestigd. De ontslagbrief vermeldt als dringende reden meerdere malen niet bestaande retouren te hebben gedaan met digitale aankoopbonnen van online Bijenkorf aankopen die werkneemster zelf eerder had gedaan, zonder de desbetreffende artikelen terug brengen naar de winkel. Dit werd gedaan onder werktijd, op de werkvloer en op de kassa van de winkel. Werkneemster verzoekt de kantonrechter H&M te veroordelen tot betaling van achterstallig loon over de maand december 2020 ter hoogte van € 121,09 en veroordeling tot betaling van de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 BW, waarbij de transitievergoeding wordt begroot op nihil. Verder verzoekt werkneemster op grond van artikel 3:44 BW (misbruik van omstandigheden) het gespreksverslag in het geheel, althans de schuldbekentenis – voor zover het de verklaring betreft dat zij bereid is een bedrag van € 103.467,50 aan schade en onderzoekskosten (terug) te betalen, alsmede de eigen verklaring van 3 december 2020 – te vernietigen. Zij stelt namelijk dat haar handelingen vanwege haar ziekte (kleptomanie), niet als ernstig verwijtbaar gekwalificeerd kunnen worden. H&M heeft bevorderd dat werkneemster zeer belastende verklaringen tegen zichzelf heeft opgemaakt en/of ondertekend. Op het moment van

ondertekenen was zij 21 jaar oud. Zij is onervaren en verkeerde in een afhankelijkheidsrelatie tot H&M. Het gesprek op 3 december 2020 heeft twee uur geduurd, waarbij werkneemster niet weg mocht en zij niemand mocht bellen. Uiteindelijk heeft werkneemster in zeer emotionele staat het gespreksverslag en de eigen verklaring ondertekend. Hierdoor kan niet worden gezegd dat werkneemster de documenten in vrijheid opgemaakt en ondertekend heeft, aldus werkneemster. Bij wijze van tegenverzoek verzoekt H&M werkneemster op grond van artikel 7:677 BW te veroordelen tot betaling van het restant van de gefixeerde schadevergoeding van in totaal € 1.466,97 bruto. Bij de door H&M opgemaakte eindafrekening is reeds een bedrag van € 202,83 bruto verrekend waardoor een bedrag van € 1.264,14 resteert. Ter zitting heeft H&M toegelicht dat zij verzoekt om een verklaring voor recht waarin wordt vastgesteld dat terecht over is gegaan tot verrekening met het verschuldigde loon.

Oordeel

Transitievergoeding

Tussen partijen is niet langer in geschil, nu werkneemster erkent dat zij H&M een dringende reden heeft gegeven, dat het gegeven ontslag op staande voet van 3 december 2020 rechtsgeldig is. Werkneemster verzoekt vast te stellen dat zij formeel recht heeft op een transitievergoeding, omdat zij zich op het standpunt stelt dat er geen sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten zijdens haar vanwege – kort gezegd – haar ziekte kleptomanie. In het kader van deze procedure heeft werkneemster naar het oordeel van de kantonrechter er geen rechtens te respecteren belang bij dat vastgesteld wordt of werkneemster al dan niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Werkneemster heeft immers verzocht om haar een transitievergoeding toe te kennen en die op nihil vast te stellen. Zelfs indien na bewijslevering zou komen vast te staan dat werkneemster lijdt aan kleptomanie en er geen sprake zou zijn van verwijtbaar handelen door werkneemster, betekent dat immers niet dat enig bedrag aan transitievergoeding wordt toegewezen, nu dat immers niet verzocht wordt. Het verzoek tot betaling van een transitievergoeding, bepaald op nihil, wordt dan ook afgewezen.

Vernietiging gespreksverslag en verklaring

Verder verzoekt werkneemster op grond van artikel 3:44 BW vernietiging van het gespreksverslag en de verklaring van 3 december 2020. Dit verzoek zal niet worden toegewezen. Hoewel de kantonrechter begrijpt dat het gesprek en het daarvan opgemaakte gespreksverslag en de verklaring onder bijzondere omstandigheden zijn afgelegd, erkent werkneemster in deze stukken in feite slechts dat zij een substantieel bedrag schuldig is aan de Bijenkorf. De Bijenkorf is in de onderhavige procedure echter geen partij, zodat dit onderdeel van haar verzoek niet kan worden beschouwd als een nevenverzoek dat verband

houdt met dit verzoek als bedoeld in artikel 7:686a lid 3 BW.

Inhoudingen en tegenverzoek

Aangezien het overige verzoek van werknemster, het verzoek tot betaling van het achterstallige loon over de maand december 2020 ter hoogte van € 121,09 en het tegenverzoek van H&M, het verzoek om voor recht te verklaren dat H&M tijdig aanspraak heeft gemaakt op een gefixeerde schadevergoeding van € 1.466,97 bruto op grond van artikel 7:677 BW waarvan een gedeelte reeds is verrekend met het verschuldigde loon, met elkaar samenhangen, zal de kantonrechter deze verzoeken gezamenlijk beoordelen. Tussen partijen is niet in geschil dat H&M op enig moment een bedrag van in totaal € 202,83 op het loon van werknemster heeft ingehouden. Werkneemster heeft erkend dat zij H&M een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen. Dat betekent dat H&M op grond van artikel 7:677 lid 2 BW de gefixeerde schadevergoeding kan vorderen en dat de hoogte van die vergoeding aan de hand van artikel 7:677 lid 3 onder b BW moet worden vastgesteld. Werkneemster heeft echter gemotiveerd gesteld dat H&M niet tijdig aanspraak, zoals is bepaald in artikel 7:686a lid 4 onder a BW, heeft gemaakt op bovengenoemde vergoeding, waardoor werknemster deze niet aan haar verschuldigd is. De kantonrechter stelt voorop dat ingevolge artikel 7:686a lid 4 onder a BW de bevoegdheid om een verzoek op grond van artikel 7:677 BW twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, vervalst. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is per 3 december 2020 geëindigd. H&M heeft haar beroep op verrekening met hetgeen nog aan loon verschuldigd was bij brief van 3 december 2020, derhalve tijdig, gedaan. Dat betekent dat het verzoek van werknemster tot betaling van achterstallig loon niet toewijsbaar is en H&M mocht verrekenen. H&M heeft echter eerst op 1 april 2021 haar verzoek tot betaling van het resterende gedeelte van de gefixeerde schadevergoeding bij de kantonrechter ingediend. Dat is buiten de termijn van twee maanden en daarmee is haar recht om betaling van het resterende gedeelte van de gefixeerde schadevergoeding te verzoeken, zijnde € 1264,14 bruto, komen te vervallen. Dit betekent dat het verzoek ter zake zal worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6124

Zaaknummer: 9039259 VZ VERZ 21-2120

Rechters: C.H. Kemp-Randewijk

Advocaten: N.M. Fakiri en R.S. Schneider

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 BW en 3:44 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing loonvordering op basis van ABU-cao nu werknemster niet onder leiding en toezicht te werk is gesteld bij opdrachtgever.

Feiten

Sinds 23 februari 2012 is werknemster voor onbepaalde tijd in dienst van X. Werknemster was laatstelijk werkzaam in de functie van orderpicker. Op de arbeidsovereenkomst was de cao van X van toepassing verklaard. Vanaf 23 februari 2010 is werknemster door X tewerkgesteld geweest bij Y. Op werknemers van Y is de Cao AGF van toepassing. X heeft in 2017 een ontslagvergunning bij het UWV aangevraagd en die op 10 oktober 2017 verkregen. Op 2 november 2017 heeft X de arbeidsovereenkomst met werknemster opgezegd met ingang van 3 december 2017. Op 23 januari 2018 heeft X aan werknemster een transitievergoeding van € 3.125 bruto betaald en haar een eindafrekening verstrekt. Bij verzoekschrift heeft werknemster de kantonrechter verzocht X en Y te veroordelen tot nabetaling van een bedrag aan achterstallig loon, transitievergoeding en vakantie-uren, aan ten onrechte ingehouden en niet verloond ziekengeld, en te verklaren voor recht dat de transitievergoeding, het ziekengeld en de vakantie-uren zullen worden herberekend conform de Cao ABU en de Cao AGF. Werknemster baseert haar vordering op de stelling dat X onder de reikwijdte van deze cao's valt en Y (daardoor) na 26 weken gebonden is aan de Cao AGF en aan de Waadi.

Oordeel

Bedrijfsmodel

Het bedrijfsmodel van X houdt ten aanzien van orderpicking in dat X deze diensten aan haar opdrachtgevers, zoals Y, levert en daartoe op maat gesneden productiviteitsafspraken maakt, die kunnen variëren naar gelang van de specifieke omstandigheden bij de opdrachtgever. Zij stelt een op de opdracht afgestemd team samen, waarbij elk team een voorman heeft. Ook stelt zij coördinatoren en een ontzorgingsspecialist (locatiebeheerder) beschikbaar. Werknemster concludeert dat het bedrijfsproces en de werkwijze werden bepaald door de leidinggevendenden van Y en dat de coördinatoren van X slechts een tolk- en communicatiefunctie vervulden. Daarnaast stelt werknemster dat wel degelijk sprake was van uitzendarbeid, omdat zij voor het orderpicken werd aangestuurd door (de algoritmes van)

het voicepickingsysteem van Y. Via dat systeem, dat geïndividualiseerd was, en de bestellingen van klanten vertaalde in orders, hoorde zij in haar hoofdtelefoon wat, waar en wanneer zij moest pakken en wat en in welke volgorde zij op de kar moest plaatsen, aldus werkneemster. Het voicepickingsysteem is volgens haar essentieel bij de bepaling of van leiding en toezicht van Y sprake was. De teamleider van Y kon via dit systeem de uitvoering op zijn scherm volgen en werd door het systeem gewaarschuwd als er een fout werd gemaakt. Hij kon de werknemer daarop dan aanspreken. Dat impliceert volgens werkneemster leiding en toezicht van Y. X en Y bestrijden dat het voicepickingsysteem essentieel was om te bepalen of van leiding en toezicht sprake was. Het systeem beoordeelt geen prestaties, voert geen functioneringsgesprekken en lost problemen op de werkvloer niet op, aspecten die juist relevant zijn voor de beantwoording van de vraag waar leiding en toezicht liggen.

Onder leiding en toezicht

Tussen werkneemster enerzijds en X en Y anderzijds is niet in geschil dat X op basis van een overeenkomst met Y logistieke diensten verrichtte op de locatie van Y en dat zij ter uitvoering van die overeenkomst bij haar in dienst zijnde werknemers, onder wie werkneemster, te werk heeft gesteld in het bedrijf van Y. De vraag die werkneemster en X verdeeld houdt, is of werkneemster heeft gewerkt onder leiding en toezicht van Y. Die vraag moet worden beoordeeld aan de hand van dezelfde maatstaven die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW. Het gaat bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een uitzendovereenkomst vooral om het feitelijke gezag over (de uitvoering van) de door de werknemer verrichte arbeid (*Care4Care*, ECLI:NL:HR:2016:2356). Werkneemster heeft wel gesteld dat, maar niet onderbouwd waarom, het voicepickingsysteem voor die beoordeling essentieel zou zijn. De kantonrechter kan het gebruik van dat systeem dan ook slechts beschouwen als het gebruik van een productiehulpmiddel van Y waarmee aanwijzingen werden gegeven.

De uitoefening van het feitelijk gezag over de medewerkers op de werkvloer bestaat niet in, en beperkt zich ook niet tot, het dirigeren door software via de hoofdtelefoon van de werknemer van en naar de plaatsen waar hij zijn orders “pickt” en aflevert en ook niet, als dat al zou vaststaan, als de medewerker van Y op zijn scherm zou kunnen zien of er bij het orderpicken een fout werd gemaakt en de werknemer daarop zou kunnen wijzen. Die visie van werkneemster is te beperkt en miskent de taken van de op de werkvloer aanwezige leidinggevende medewerkers van X, voorlieden, coördinatoren en een locatiebeheerder, zoals het oplossen van problemen en het bespreken van het functioneren van het team. Die te beperkte visie strookt niet met het bedrijfsmodel van X, waarin prestatieafspraken worden gemaakt met de opdrachtgever, waarop X ook wordt afgerekend. Ook overtuigt haar visie niet, nu zij enerzijds stelt dat de coördinatoren van X slechts als tolk fungeerden, maar anderzijds

verwijten maakt over het optreden van de coördinatoren, die haar volgens haar op intimiderende wijze aanspraken op de uitvoering van haar werk. X en Y hebben tegenover die door werkneemster gestelde werkwijze aangevoerd wat de werkwijze van X is. Daarin heeft X onder meer een omschrijving van de functies van haar (assistent)voormannen, coördinatoren en ontzorgingsspecialisten gegeven. Zij heeft voorts toegelicht dat op ieder team een voorman wordt ingezet. Die is voor haar een noodzakelijk instrument om de afgesproken kwaliteit en productiviteit te behalen. Bij een team waar coördinatoren en ontzorgingsspecialisten dagelijks aanwezig zijn, fungeert de voorman vooral als eerste aanspreekpunt voor de medewerkers van X, maar bij een team waar geen coördinatoren zijn ingezet en de ontzorgingsspecialist minder vaak op de werkvloer aanwezig is, is de voorman meer een echte leider en tevens het dagelijkse aanspreekpunt voor de operationele managers van de opdrachtgever.

De conclusie uit het hiervoor overwogene is dat niet kan worden gezegd dat werkneemster haar werkzaamheden voor X bij Y heeft uitgevoerd onder leiding en toezicht van Y. Dat brengt mee dat ook haar beroep op de bescherming van de Waadi faalt, nu ook in die wet het begrip “onder leiding en toezicht” op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als het element “gezag” in de zin van artikel 7:610 BW. De Cao ABU en/of de Cao AGF zijn niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en X. De Cao X is van toepassing en de kantonrechter wijst alle vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-06-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:6049

Zaaknummer: 8232038

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: D. Vaníčková, P.Th. Sick en P.E.F. Domevscek

Wetsartikelen: 7:690 BW, Waadi, 7:611 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

Hof beëindigt arbeidsovereenkomst gevangenisbewaarder wegens betrokkenheid bij het openen van de deuren van de PI tijdens de nachtdienst voor het bezorgen van een pizza. Handelwijze verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar.

Feiten

Werknemer is op 11 juli 2005 aangesteld bij de PI in de functie van Senior Complexbeveiligder. De aanstelling van werknemer is met ingang van 1 januari 2020 omgezet in een arbeidsovereenkomst. Werknemer verricht zijn werkzaamheden op een locatie waar een groot aantal gedetineerden gehuisvest is met een extreem, hoog of verhoogd risico tot ontvluchting en daarmee een groot maatschappelijk risico. Tevens is in deze inrichting de Terroristenafdeling gehuisvest als gevolg waarvan extra veiligheidsmaatregelen in acht dienen te worden genomen. Werknemer was in de nacht van 4 op 5 februari 2020 werkzaam in de centrale meldkamer. Gedurende de nachtdienst heeft een collega een pizza besteld. Hiervoor is omstreeks 22:45 uur door twee collega's zowel de buitenmuur als de binnendeur geopend om de pizzabezorger toegang te verschaffen tot de inrichting. Weer een andere collega heeft de pizza in ontvangst genomen. Het Hoofd Veiligheid heeft vervolgens een intern onderzoek gestart. Werknemer (evenals de overige medewerkers die tijdens de nachtdienst dienst hadden) is met ingang van 10 februari 2020 met onmiddellijke ingang geschorst en hem is de toegang tot de dienstonderdelen onzegd. DJI heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens (ernstig) verwijtbaar handelen van werknemer. DJI verwijt werknemer onder meer dat hij de wachtcommandant – na 22:00 uur – heeft gebeld en toestemming heeft gevraagd om een pizza te bestellen en te laten bezorgen voor een collega, dat hij daarbij niet heeft gemeld dat er eerder een verdacht voertuig was gesignaleerd en dat hij de sluisfunctie van de deuren naar de centrale meldkamer heeft uitgeschakeld. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek afgewezen. DJI heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat werknemer van 'het pizza-incident' in belangrijke mate een verwijt kan worden gemaakt. Werknemer was in zijn hoedanigheid van senior complexbeveiligder

verantwoordelijk voor de beveiliging van de PI, de gedetineerden en de medewerkers tijdens de nachtdienst van de extra beveiligde inrichting, waarbij zijn primaire taak was het houden van toezicht op de buitenbeveiliging. Werknemer was ermee bekend dat de buitendeur en binnendeur na 22:00 uur niet mochten worden geopend, behoudens calamiteiten, en dat voor het openen van de deuren toestemming vereist is van de piketfunctionaris. Dit blijkt uit de Dienstinstructie Nachtdienst. Daaruit volgt dat het voor werknemer duidelijk was of had moeten zijn, dat het niet was toegestaan om na 22:00 uur een pizza te laten bezorgen. Bovendien heeft werknemer ook niet geïnformeerd bij de wachtcommandant of er door de piketfunctionaris toestemming was verleend om de buitendeur voor dit doel te openen. Daar komt bij dat werknemer in een eigen verklaring heeft gesteld dat hij de (aanvankelijk buiten werking gestelde) sluiswerking weer had geactiveerd zodat de voordeur bediend kon worden. Daarmee heeft hij, in onderlinge afstemming met collega's, een actieve en substantiële rol gespeeld in het tijdens de nachtdienst in strijd met de regels faciliteren van de toegang van een onbekende derde voor het bezorgen van een pizza. Hierdoor heeft werknemer (mede) een onveilige situatie laten ontstaan en laten voortbestaan ten aanzien van vlucht- en smokkelgevaar, waarbij deze onbekende derde bovendien alleen met een collega is geweest en er een van deze derde afkomstige niet gecontroleerde doos de inrichting is binnengebracht. Het hof verwerpt het verweer dat dit werknemer niet kan worden verweten omdat de wachtcommandant toestemming had gegeven en het andere collega's waren die feitelijk de buiten- en binnendeur voor de pizzakoerier hebben geopend. Werknemer miskent hiermee dat hij een eigen verantwoordelijkheid heeft als senior beveiligingsmedewerker. Het hof oordeelt dat sprake is van verwijtbaar handelen, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden. Van *ernstig* verwijtbaar handelen is geen sprake. Het hof betreft bij dit oordeel de kennelijke groepsdynamiek waarvan in de betreffende nacht sprake was, waarbij het handelen van verschillende werknemers bepalend is geweest voor de manier waarop het incident zich heeft voorgedaan. Al met al bepaalt het hof dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden per 1 augustus 2021 en dat werknemer de wettelijke transitievergoeding toekomt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1133

Zaaknummer: 200.285.965/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, M.T. Nijhuis en P.Th. Sick

Advocaten: E.C.M. Roelvink en M.Y. van Oel

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

RECHTSPRAAK

Hof beëindigt arbeidsovereenkomst gevangenisbewaarder wegens betrokkenheid bij het openen van de deuren van de PI tijdens de nachtdienst voor het bezorgen van een pizza. Handelwijze verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar.

Feiten

Werkneemster is op 1 april 2001 aangesteld bij de PI. Haar huidige functie is die van Medior Complexbeveiliger. De aanstelling van werkneemster is met ingang van 1 januari 2020 omgezet in een arbeidsovereenkomst. Werkneemster verricht haar werkzaamheden op een locatie waar een groot aantal gedetineerden gehuisvest is met een extreem, hoog of verhoogd risico tot ontvluchting en daarmee een groot maatschappelijk risico. Tevens is in deze inrichting de Terroristenafdeling gehuisvest als gevolg waarvan extra veiligheidsmaatregelen in acht dienen te worden genomen. Werkneemster was in de nacht van 4 op 5 februari 2020 werkzaam in de centrale meldkamer. Gedurende de nachtdienst heeft een collega een pizza besteld. Hiervoor is door twee collega's omstreeks 22:45 uur zowel de buitenmuur als de binnendeur geopend om de pizzabezorger toegang te verschaffen tot de inrichting. De pizza is in ontvangst genomen door werkneemster. Het Hoofd Veiligheid heeft vervolgens een intern onderzoek gestart. Werkneemster (evenals de overige medewerkers die tijdens de nachtdienst dienst hadden) is met ingang van 10 februari 2020 met onmiddellijke ingang geschorst en haar is de toegang tot de dienstonderdelen ontzegd. DJI heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens (ernstig) verwijtbaar handelen van werkneemster. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek afgewezen. DJI heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat werkneemster van 'het pizza-incident' in belangrijke mate een verwijt kan worden gemaakt. Werkneemster was in haar hoedanigheid van medior complexbeveiliger verantwoordelijk voor de beveiliging van de PI, de gedetineerden en de medewerkers, tijdens de nachtdienst van de extra beveiligde inrichting. Werkneemster was ermee bekend dat de buitendeur en binnendeur na 22:00 uur niet mochten worden geopend, behoudens calamiteiten, en dat voor het openen van de deuren toestemming vereist is van de

piketfunctionaris. Dit blijkt uit de Dienstinstructie Nachtdienst. Daaruit volgt dat het voor werknemster duidelijk was of had moeten zijn dat het niet was toegestaan om na 22:00 uur een pizza te laten bezorgen. Werkneemster heeft een onveilige situatie laten ontstaan en laten voortbestaan ten aanzien van vlucht- en smokkelgevaar; zij heeft tijdens de nachtdienst nadat de deuren in strijd met de Dienstinstructie Nachtdienst waren geopend een pizzadoos en enkele andere onbekend gebleven zaken die op de pizzadoos lagen van een onbekend persoon (de pizzakoerier) in ontvangst genomen, terwijl zij zich met deze persoon alleen in een ruimte bevond, waarna zij de pizzadoos de PI heeft binnengebracht zonder zichzelf of de pizzadoos op de voorgeschreven wijze te (laten) controleren en waarbij ze het piepalarm bij het doorgaan van de detectiepoort heeft genegeerd. Werkneemster heeft zelfs de pizzadoos niet opengemaakt alvorens deze de inrichting binnen te brengen. Werkneemster heeft onvoldoende blijk gegeven van haar eigen verantwoordelijkheid als medior complexbeveiliger tijdens de bewuste nachtdienst. Bovendien heeft zij de onregelmatigheden achteraf niet gemeld. Het hof is van oordeel dat sprake is van verwijtbaar handelen, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden. Van *ernstig* verwijtbaar handelen is geen sprake. Het hof betreft bij dit oordeel de kennelijke groepsdynamiek waarvan in de betreffende nacht sprake was, waarbij het handelen van verschillende werknemers bepalend is geweest voor de manier waarop het incident zich heeft voorgedaan. Al met al bepaalt het hof dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden per 1 augustus 2021 en dat werknemster de transitievergoeding toekomt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1134

Zaaknummer: 200.285.957/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, M.T. Nijhuis en P.Th. Sick

Advocaten: E.C.M. Roelvink en M.Y. van Oel

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

RECHTSPRAAK

Hof beëindigt arbeidsovereenkomst gevangenisbewaarder wegens betrokkenheid bij het openen van de deuren van de PI tijdens de nachtdienst voor het bezorgen van een pizza. Handelwijze verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar.

Feiten

Werknemer is op 24 januari 1997 aangesteld bij de PI in de functie van bewaarder/portier. Zijn huidige functie is Senior Penitentiair Inrichtingswerker (PIW'er). De aanstelling van werknemer is met ingang van 1 januari 2020 omgezet in een arbeidsovereenkomst. Werknemer verricht zijn werkzaamheden op een locatie waar een groot aantal gedetineerden gehuisvest is met een extreem, hoog of verhoogd risico tot ontvluchting en daarmee een groot maatschappelijk risico. Tevens is in deze inrichting de Terroristenafdeling gehuisvest als gevolg waarvan extra veiligheidsmaatregelen in acht dienen te worden genomen. Werknemer vervulde in de nacht van 4 op 5 februari 2020 de functie van wachtcommandant. Gedurende de nachtdienst heeft een collega een pizza besteld. Hiervoor is omstreeks 22:45 uur zowel de buitenmuur (door een collega) als de binnendeur (door werknemer) geopend om de pizzabezorger toegang te verschaffen tot de inrichting. Het Hoofd Veiligheid heeft vervolgens een intern onderzoek gestart. Werknemer (evenals de overige medewerkers die tijdens de nachtdienst dienst hadden) is met ingang van 10 februari 2020 met onmiddellijke ingang geschorst en hem is de toegang tot de dienstonderdelen onzegd. DJI heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens (ernstig) verwijtbaar handelen van werknemer. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek afgewezen. DJI heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat werknemer van 'het pizza-incident' in belangrijke mate een verwijt kan worden gemaakt. Werknemer was in zijn hoedanigheid van wachtcommandant (tevens senior PIW'er) verantwoordelijk voor een goede gang van zaken tijdens de nachtdienst van de extra beveiligde inrichting. Hij heeft toegestaan dat de buitendeur na 22:00 uur werd geopend en zelf de binnendeur geopend, zonder dat hij – conform de Dienstinstructie Nachtdienst –

daarvoor toestemming had gevraagd en gekregen van de piketfunctionaris. Werknemer heeft aangevoerd dat de buitendeur ook zonder overleg met de piketfunctionaris open mag, dat dit ook in andere gevallen gebeurt en dat het piket niet voor elk wissewasje mag worden lastig gevallen. Volgens werknemer is de instructie om het gezonde verstand te gebruiken. Het hof verwerpt dit verweer vanwege onvoldoende onderbouwing. Werknemer heeft daarnaast ter zitting bevestigd dat de regel is dat de buitendeur alleen open mag ingeval sprake is van een calamiteit en dat daartoe dan toestemming gevraagd moet worden aan de piketfunctionaris. De wetenschap bij werknemer dat het bestellen en bezorgen van pizza geen calamiteit betreft, leidt dwingend tot de conclusie dat de buitendeur daarvoor niet open mag. Werknemer heeft een onveilige situatie laten ontstaan door de pizzabezorger binnen te laten, de pizzadoos niet op de voorgeschreven wijze bij binnenkomst te controleren en het piepalarm dat bij de detectiepoort afging in strijd met de regels te negeren. Naast het voorgaande acht het hof verder verwijtbaar dat werknemer gedurende langere tijd tijdens de nachtdienst met een deken op een bank in de kantine heeft gelegen. De PI hoeft niet te accepteren dat de wachtcommandant zijn post verlaat en de nachtdienst deels liggend doorbrengt en een aantal controlerondes overslaat. Het hof oordeelt dat sprake is van verwijtbaar handelen, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden. Van *ernstig* verwijtbaar handelen is geen sprake. Het hof betreft bij dit oordeel de kennelijke groepsdynamiek waarvan in de betreffende nacht sprake was, waarbij het handelen van verschillende werknemers bepalend is geweest voor de manier waarop het incident zich heeft voorgedaan. Al met al bepaalt het hof dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden per 1 augustus 2021 en dat werknemer de transitievergoeding van € 42.693,50 bruto toekomt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1135

Zaaknummer: 200.285.960/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, M.T. Nijhuis en P.Th. Sick

Advocaten: E.C.M. Roelvink en B.J.P. Komen

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub e BW, 7:671b BW en 7:683 BW