

Nieuwsbrief AR Updates

Nummer 21, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:4128](#) 15-05-2023

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1524](#) 11-05-2023

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:3977](#) 10-05-2023

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:830](#) 18-04-2023

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:2180](#) 15-05-2023

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:4071](#) 12-05-2023

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:2230](#) 11-05-2023

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:2103](#) 11-05-2023

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:3043](#) 04-05-2023

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:3040](#) 28-04-2023

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:2491](#) 28-04-2023

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3840](#) 28-04-2023

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3589](#) 26-04-2023

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2023:2167](#) 25-04-2023

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:2886](#) 03-04-2023

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:3772](#) 20-02-2023

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:15912](#) 23-12-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12138](#) 30-11-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12136](#) 03-11-2022

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12133](#) 24-10-2022

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:7613](#) 02-10-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:10180](#) 27-07-2018

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2022:2424](#) 16-11-2022

Uitspraken zonder ECLI

[Rechtbank Den Haag](#) 25-04-2023

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[Het ontstaan van nieuw bedongen arbeid: een juridisch wespennest](#)

J.P.M. van Zijl

ANNOTATIE

Het ontstaan van nieuw bedongen arbeid: een juridisch wespennest

J.P.M. van Zijl

In zijn uitspraak van 16 november 2022^[1] spreekt de Centrale Raad van Beroep zich opnieuw uit over de vraag of re-integratieafspraken die een werkgever met een arbeidsongeschikte werknemer heeft gemaakt passende arbeid dan wel nieuw bedongen arbeid opleveren. Met het antwoord op deze vraag zijn zowel voor de werkgever als voor de werknemer grote belangen gemoeid. Deze belangen worden pas goed zichtbaar als ook de uitkeringsrechten van de werknemer daarbij worden betrokken. In deze annotatie zal ik proberen aan te geven waar de belangen van de werkgever én de werknemer liggen.

Ik zal daartoe eerst kort ingaan op de verplichtingen die een werkgever ten opzichte van een arbeidsongeschikte werknemer heeft (paragraaf 1). Vervolgens zal ik het arrest van de Hoge Raad in de *Kummeling/Oskam*-zaak uit 2011 bespreken (paragraaf 2) en twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep uit 2010 (paragraaf 3). Daarna zal ik aangeven welk probleem er is met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (paragraaf 4). Dit probleem geeft het belang aan van de vraag wanneer sprake is van passende arbeid en wanneer van nieuw bedongen arbeid, dat daarna wordt besproken (paragraaf 5). Vervolgens zal ik ingaan op de vraag of de werkgever het zelf in de hand heeft om nieuw bedongen arbeid te voorkomen (paragraaf 6) en een oproep doen aan de wetgever om voor een oplossing te zorgen voor het probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (paragraaf 7).

1. Verplichtingen van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer

Een werkgever heeft ten opzichte van een arbeidsongeschikte werknemer in grote lijnen twee belangrijke verplichtingen, die er allebei niet om liegen. De werkgever moet tijdens ziekte gedurende 104 weken het loon aan de arbeidsongeschikte werknemer (in beginsel voor 70%) doorbetalen^[2] en de werknemer moet bevorderen dat de arbeidsongeschikte werknemer weer wordt ingeschakeld in arbeid (re-integratie).

De re-integratieverplichting van de werkgever valt uiteen in twee onderdelen. Allereerst moet de werkgever bevorderen dat de werknemer wordt ingeschakeld in voor hem passende arbeid in de onderneming van de werkgever zelf. Dit wordt door het UWV 'het eerste spoor' genoemd. De re-integratieverplichting in het eerste spoor geldt zo lang de arbeidsovereenkomst voortduurt.[3] Van belang daarbij is dat het voor de werkgever tijdens ziekte in beginsel niet mogelijk is om de arbeidsovereenkomst tijdens de eerste twee jaar van ziekte op te zeggen[4] en dat ook daarna opzegging alleen mogelijk is als de werkgever aannemelijk maakt dat in de eigen onderneming geen passende arbeid voor de arbeidsongeschikte werknemer voorhanden is en dat de werknemer naar verwachting ook niet binnen 26 weken in staat zal zijn om passende arbeid te gaan verrichten.[5] Als de werknemer in de eigen onderneming van de werkgever geen passende arbeid kan doen, moet de werkgever bevorderen dat de werknemer wordt ingeschakeld in passende arbeid in de onderneming van een andere werkgever: het 'tweede spoor'. De re-integratieverplichting in het tweede spoor geldt zo lang de loonbetalingsverplichting duurt.[6] Van belang daarbij is nog dat voor werkgevers die eigenrisicodragers zijn voor de betaling van de WGA-uitkeringen van hun (ex-)werknemer de re-integratieverplichting in zowel het eerste als het tweede spoor geldt zo lang de (ex-)werknemer een WGA-uitkering ontvangt,[7] tot maximaal tien jaar.

2. Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Kummeling/Oskam

In het arrest *Kummeling/Oskam* ging het om een arbeidsongeschikte werknemer die in 1998 ziek was uitgevallen voor zijn werk en aan wie in 1999 een WAO-uitkering was toegekend. De werknemer was na de toekenning van de WAO-uitkering bij de werkgever blijven werken in aangepaste arbeid. Door verergering van zijn klachten was de arbeid ook daarna nog verder aangepast. In 2009 viel de werknemer alsnog volledig uit. De vraag was of de werknemer toen recht op loon tijdens ziekte had, aangezien de werkgever in 1998 en 1999 al eens de maximale periode van (toen nog) 52 weken loon tijdens ziekte had betaald. Een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling tijdens ziekte zou echter toch kunnen ontstaan als de aanpassing van de arbeid de vorm had gekregen van een nieuwe arbeidsovereenkomst: 'nieuw bedongen arbeid'. De werkgever en de werknemer discussieerden erover of dat het geval was.

Het gerechtshof had in hoger beroep van een kortgedingvonnis van de kantonrechter vastgesteld dat tussen partijen in elk geval niet uitdrukkelijk was overeengekomen dat datgene wat oorspronkelijk als passende arbeid was aangeboden, op enig moment nieuw bedongen arbeid was geworden. Ook vond het gerechtshof dat onvoldoende was komen vast te staan dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat de passende arbeid op enig moment nieuw bedongen arbeid was geworden. Doordat de te verrichten arbeid steeds verder moest worden aangepast, was volgens het hof geen situatie ontstaan waarin de werknemer 'gedurende niet te korte tijd arbeid heeft verricht waarvan de aard en omvang niet tussen

partijen ter discussie heeft gestaan'.[8]

De werknemer berust niet in arrest van het gerechtshof en stelt cassatieberoep in bij de Hoge Raad. Daar betoogt hij dat het niet zo kan zijn dat een werknemer bij uitval wegens ziekte na tien jaar aangepaste arbeid te hebben verricht én geen recht zou hebben op loon én geen recht op een uitkering. Dat geldt volgens de werknemer temeer omdat de werkgever ervoor kan kiezen om geen nieuw bedongen arbeid overeen te komen, om zo te voorkomen dat opnieuw loon tijdens ziekte zou moeten worden betaald.

De Hoge Raad[9] refereert eraan dat het wettelijke stelsel ter zake van arbeidsongeschiktheid van de werknemer in grote lijnen inhoudt dat de werkgever aan de werknemer 104 weken lang loon tijdens ziekte moet betalen en dat hij de werknemer moet re-integreren. Als de werknemer door re-integratie passende arbeid is gaan verrichten zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, hoeft de werkgever volgens de Hoge Raad bij een nieuwe uitval wegens ziekte niet opnieuw door te betalen. De Hoge Raad erkent dat daardoor een probleem ontstaat met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (zie paragraaf 4). maar stelt vast dat de regering dit probleem onderkend heeft en dat een oplossing voor het probleem (in de vorm van een aanpassing van de Ziektewet of het Burgerlijk Wetboek dan wel het tot stand komen van een collectieve regeling), is uitgebleven. Over de vraag wanneer passende arbeid nieuw bedongen arbeid wordt, spreekt de Hoge Raad zich daarbij niet uit. Duidelijk is dat de Hoge Raad van mening is dat de oplossing van dit probleem van de wetgever en niet van de rechter moet komen.

3. Twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep

In 2010 heeft de Centrale Raad van Beroep twee uitspraken[10] gedaan die van groot belang zijn voor het probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (zie paragraaf 4). In beide gevallen ging het om een werknemer die na het verstrijken van de wachttijd passende arbeid was gaan verrichten en later voor die arbeid was uitgevallen wegens ziekte. Ter discussie was of die werknemers recht konden doen gelden op een Ziektewetuitkering. De Centrale Raad van Beroep bepaalde dat dat niet het geval was, omdat het recht op Ziektewetuitkering in deze gevallen niet paste in de limitatieve opsomming die de Ziektewet[11] geeft van gevallen waarin een werknemer recht op Ziektewetuitkering heeft.

Ook de Centrale Raad van Beroep erkent hierbij dat er een lacune is in de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer, geeft aan dat de wetgever dat probleem onderkend heeft en vindt het niet op zijn weg als rechter liggen om dan in die lacune te voorzien.

4. Het probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer

Het arrest van de Hoge Raad en de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep hebben tot gevolg dat er een ernstig probleem is met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer die:

- (a) na het einde van de wachttijd;^[12]
- (b) minder dan 35% arbeidsongeschikt is;^[13]
- (c) passende arbeid verricht;^[14]
- (d) opnieuw uitvalt wegens ziekte.

Deze werknemer heeft immers:

- (a) geen recht op een WW-uitkering omdat hij wegens zijn ziekte niet beschikbaar is voor het aanvaarden van arbeid;^[15]
- (b) geen recht op een Ziektewetuitkering omdat de maximale uitkeringsduur is verstreken^[16] en de no-riskpolis niet van toepassing is als geen WIA-uitkering wordt toegekend en passende arbeid wordt verricht bij de eigen werkgever;^[17]
- (c) pas na een nieuwe wachttijd van 104 weken recht op een WIA-uitkering,^[18] tenzij de nieuwe uitval wegens ziekte plaatsvindt binnen vier weken na het einde van de wachttijd dan wel wegens 'dezelfde oorzaak' en binnen vijf jaar na het einde van de wachttijd;^[19]
- (d) geen recht op loon, tenzij de aangepaste arbeid als nieuw bedongen arbeid zou moeten worden beschouwd.

5. Wanneer is sprake van passende arbeid en wanneer van bedongen arbeid?

Het hierboven genoemde probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer bestaat niet als de aangepaste arbeid te beschouwen is als nieuw bedongen arbeid. De vraag rijst daarom wanneer dit het geval is. Die vraag kan zowel aan de orde komen bij de civiele rechter als bij de bestuursrechter.^[20]

De civiele rechter kan aanleiding zien om zich over deze vraag uit te spreken als de werknemer een vordering instelt tot doorbetaling van loon tijdens ziekte of tot tewerkstelling in de bedongen arbeid, maar ook als de werknemer een verzoek indient tot veroordeling van de werkgever tot betaling van de transitievergoeding, als daarbij ter discussie is wat de hoogte

is van het overeengekomen loon (dat van de aangepaste arbeid omdat het nieuw bedongen arbeid is geworden, of dat van de oorspronkelijke arbeid omdat dat nog steeds de bedongen arbeid is).

De bestuursrechter kan zich gedwongen zien zich uit te spreken over de vraag of sprake is van nieuw bedongen arbeid als het UWV stelt dat de werknemer met een WGA-uitkering die opnieuw ziek is uitgevallen vanwege nieuwe bedongen arbeid recht heeft op loon, omdat dat loon dan moet worden verrekend met de loongerelateerde WGA-uitkering van de werknemer,[21] of in sommige gevallen met de WGA-loonaanvullingsuitkering.[22]

Hierna zal ik aangeven hoe de civiele rechter en de bestuursrechter hebben geoordeeld over de vraag wanneer sprake is van nieuw bedongen arbeid.

5.1 Volgens de civiele rechter

Zoals gezegd heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgesproken over de vraag wanneer sprake is van nieuw bedongen arbeid. Bij gebreke van een uitdrukkelijke afspraak ter zake zitten kantonrechters en gerechtshoven[23] doorgaans op de lijn dat nieuw bedongen arbeid ontstaat als de werknemer erop mocht vertrouwen dat passende arbeid nieuw bedongen arbeid is geworden doordat een situatie is ontstaan waarin de werknemer gedurende niet te korte tijd arbeid heeft verricht waarvan de aard en omvang niet tussen partijen ter discussie heeft gestaan. In enkele uitspraken komen rechters op afwijkende gronden tot de conclusie dat sprake is van nieuw bedongen arbeid[24] en soms komen rechters ook tot de conclusie dat geen nieuwe bedongen arbeid is ontstaan.[25]

5.2 Volgens de bestuursrechter

De Centrale Raad van Beroep[26] trekt in zijn jurisprudentie ten aanzien van het ontstaan van nieuw bedongen arbeid de zaak wat breder door te oordelen dat de re-integratieafspraken moeten worden uitgelegd op basis van de *Haviltex*-maatstaf.[27] De Centrale Raad van Beroep stelt voorop dat re-integratieafspraken tussen de werkgever en de werknemer over (passende) arbeid zowel mondeling als schriftelijk kunnen worden aangegaan en zowel summier als uitvoerig kunnen zijn en dat het voor de uitleg van die afspraken aankomt op de zin die partijen daarbij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze aan de gemaakte afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Het enkele feit dat gedurende langere tijd passende werkzaamheden zijn verricht is daarbij voor de Centrale Raad van Beroep[28] onvoldoende om te concluderen dat sprake is van nieuw bedongen arbeid. Ook neemt de Centrale Raad van Beroep niet snel genoeg met

stellingen van het UWV dat nieuw bedongen arbeid is ontstaan: de bewijslast rust op het UWV en aan die bewijslast moet het UWV voldoen door inzicht te geven in de afspraken die de werkgever en de werknemer expliciet of impliciet hebben gemaakt over de nadere invulling van de arbeidsverhouding. Het UWV kan daarbij niet volstaan met veronderstellingen.[29] En waar het UWV stelde dat tussen het einde van de wachttijd en de nieuwe uitval wegens ziekte sprake was geweest van herstel van de werknemer gedurende een periode van ten minste vier weken, kon die stelling niet alleen worden gebaseerd op mededelingen van de werknemer en verwachtingen van het UWV bij het einde van de wachttijd, maar had het UWV bij gebreke van medische gegevens daarnaar onderzoek moeten doen, bijvoorbeeld door de werkplek te bezoeken of collega's te horen.[30]

In de uitspraak van 16 november 2022[31] verwijst de Centrale Raad van Beroep opnieuw naar de *Haviltex*-maatstaf, maar deze keer voegt hij daaraan toe dat de werknemer er onder bepaalde omstandigheden op mag vertrouwen dat de werkgever bedoelde de bedongen arbeid te wijzigen en dat daarbij van belang is dat het werk gedurende niet te korte tijd is verricht en dat de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan. Aldus worden de argumenten die in de lagere civiele rechtspraak doorgaans reden zijn om nieuw bedongen arbeid aan te nemen geplaatst in het bredere kader van de *Haviltex*-maatstaf. De jurisprudentie van de civiele rechter en de bestuursrechter groeien daardoor meer naar elkaar toe.

6. Kan de werkgever het ontstaan van nieuwe bedongen arbeid voorkomen?

Kan een werkgever het ontstaan van nieuw bedongen arbeid voorkomen, ook als de werknemer de aangepaste arbeid het werk gedurende niet te korte tijd heeft verricht en de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan? Of betekent het feit dat de werknemer de aangepaste arbeid gedurende niet te korte tijd heeft verricht en dat de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan, op zichzelf al dat de werknemer mag verwachten dat nieuw bedongen arbeid ontstaat als aan deze voorwaarden is voldaan?

In het laatste geval zou in de verwachting van de werknemer ten aanzien van het ontstaan van nieuw bedongen arbeid een norm besloten liggen die inhoudt dat de werkgever onder de genoemde omstandigheden het ontstaan van nieuw bedongen arbeid eenvoudigweg moet aanvaarden. Dat is echter niet de wijze waarop de *Haviltex*-norm, waarop naar mijn mening terecht door de Centrale Raad van Beroep een beroep wordt gedaan, werkt. Bij de *Haviltex*-norm gaat het om verwachtingen gewekt door gedragingen van partijen. Als een werkgever er van aanvang af duidelijk over is dat de aangepaste arbeid wordt aangeboden als passende arbeid en niet als bedongen arbeid, en er vervolgens bij het verstrijken van tijd ook steeds

duidelijk over is dat dit niet verandert, dan kan op basis van de *Haviltex*-norm naar mijn mening geen verwachting bestaan die het ontstaan van nieuw bedongen arbeid rechtvaardigt.

Het ontstaan van nieuw bedongen arbeid uitsluitend omdat de werknemer de aangepaste arbeid gedurende niet te korte tijd heeft verricht en de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan, zou verder ook in strijd zijn met de contractsvrijheid: de werkgever zou daardoor gedwongen worden een overeenkomst aan te gaan die hij wellicht niet wenst aan te gaan.

Last but not least zou het ook niet in overeenstemming zijn met het arrest *Kummeling/Oskam* om te aanvaarden dat een werkgever verplicht kan zijn om de aangepaste arbeid als nieuw bedongen arbeid te laten verrichten. De Hoge Raad aanvaardt in dat arrest immers niet dat door het verrichten van passende arbeid een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling tijdens ziekte kan ontstaan. De Hoge Raad overweegt [cursivering JvZ]:

‘3.7.2 Het wettelijk stelsel houdt op dit punt, kort gezegd, in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in art. 7:629 lid 1 te betalen, en anderzijds gedurende die periode de re-integratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf, dan wel in het bedrijf van een andere werkgever, te bevorderen (art. 7:658a BW). Dit stelsel brengt mee dat, indien de werknemer als gevolg van de re-integratie andere (passende) werkzaamheden is gaan verrichten, zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, en hij na afloop van de periode van 104 weken opnieuw door ziekte uitvalt, de werkgever niet gehouden is (wederom) diens loon door te betalen. Ook art. 6:248 lid 1 brengt dat niet mee, *omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de bedoelde verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden.*’

7. Oproep aan de wetgever

Werkgevers die zich bewust zijn van het bovenstaande, staan op dit moment voor een lastige keuze als het erom gaat aangepaste arbeid aan te bieden als passende arbeid dan wel als nieuw bedongen arbeid:

- (1) Wel afspreken van nieuw bedongen arbeid betekent het ontstaan van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting bij een nieuwe uitval wegens ziekte, met als gevolg dat:
 - (a) de werknemer ook gedurende de eerste 104 weken inkomen heeft als hij opnieuw ziek uitvalt door een *andere oorzaak*[32] of als hij na vijf jaar opnieuw ziek uitvalt; maar ook dat:
 - (b) 70% van het loon wordt verrekend met de loongerelateerde WGA-uitkering en soms met

de WGA-loonaanvullingsuitkering^[33] als de werknemer binnen vijf jaar uitvalt door *dezelfde oorzaak*.^[34]

(2) Omgekeerd betekent het niet afspreken van nieuw bedongen arbeid (maar van passende arbeid) dat geen nieuwe loondoorbetalingsverplichting ontstaat bij een nieuwe uitval wegens ziekte, met als gevolg dat:

(a) geen verrekening van 70% van loon met de loongerelateerde WGA-uitkering en soms met de WGA-loonaanvullingsuitkering als de werknemer binnen vijf jaar uitvalt door *dezelfde oorzaak*; maar ook dat:

(b) de werknemer gedurende de eerste 104 weken geen inkomen heeft als hij opnieuw ziek uitvalt door een *andere oorzaak* of na vijf jaar opnieuw ziek uitvalt.

De meeste werkgevers betalen aan de arbeidsongeschikte werknemer die bij het einde van de wachttijd 35% arbeidsongeschikt was (en om die reden geen recht had op een WIA-uitkering), aangepaste arbeid verrichtte en wegens een andere oorzaak voor die arbeid uitgevallen is, het loon tijdens ziekte door. Deels doen zij dat omdat zij denken dat zij daartoe verplicht zijn en deels omdat zij niet willen dat de werknemer zonder inkomen komt te zitten. In het laatste geval getuigt dat natuurlijk van goed werkgeverschap, maar het zou niet zo moeten zijn dat werkgevers de gaten moeten vullen die de wetgever laat liggen als het gaat om de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer. En het is natuurlijk al helemaal onaanvaardbaar dat de werknemer 104 weken lang geen inkomen heeft als zijn werkgever het gat niet wenst te vullen!

In het coalitieakkoord dat ten grondslag ligt aan de totstandkoming van de huidige regering wordt onderzocht hoe hardheden in de WIA kunnen worden hervormd met oog voor uitlegbaarheid, uitvoerbaarheid en betaalbaarheid.^[35] Dat onderzoek vindt plaats door de onafhankelijke commissie Toekomst arbeidsongeschiktheidsstelsel (OCTAS), waarbij de commissie opdracht heeft gekregen om een balans te vinden tussen activering en inkomensbescherming, als zijnde de pijlers die aan de WIA ten grondslag liggen.^[36] Dat de inkomensbescherming van de werknemer ermee gediend is dat een regeling wordt getroffen voor het bovengenoemde gat in de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer is evident, maar het treffen van een dergelijke regeling is ook in het belang van activering. Immers: het gat in de inkomensvoorziening treft alleen werknemers die re-integreren door passende arbeid te verrichten. Zij lopen daarmee het risico dat zij bij een uitval wegens ziekte wegens een andere oorzaak gedurende 104 weken geen inkomen hebben. De werknemer die niet re-integreert, ontvangt een WW-uitkering. Als deze werknemer tijdens de duur van de WW-uitkering ziek uitvalt wegens een andere oorzaak heeft hij recht op een

Ziektewetuitkering. Om te voorkomen dat het niet verrichten van passende arbeid voor de werknemer minder risico's biedt dan het wel verrichten van passende arbeid, zou moeten worden voorzien in een Ziektewetuitkering. En om te voorkomen dat de werkgever er belang bij heeft dat de werknemer geen passende arbeid verricht, zou deze Ziektewetuitkering vervolgens ook niet dienen te worden toegerekend aan de werkgever, ongeacht of die eigenrisicodragers is dan wel of die gedifferentieerde premie Werkhervattingskas aan de Belastingdienst betaalt.

Het feit dat de wetgever al in 2010 van de Centrale Raad van Beroep en in 2011 van de Hoge Raad te horen heeft gekregen dat er een gat in de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer is, waarvoor niet de rechter maar de wetgever een oplossing moet zoeken, zou voor de wetgever een belangrijke aansporing moeten zijn om nu eindelijk zijn verantwoordelijkheid in deze te nemen.

Een tweede ongerijmdheid die daarbij dient te worden weggenomen, betreft het verrekenen van de zogenoemde 'Amber-uitkeringen'.^[37]

Deze uitkeringen zijn onder de WAO in het leven geroepen om de werkgever te compenseren voor het risico op nieuwe uitval wegens ziekte door een reeds bestaande ziekteoorzaak, dat de werkgever loopt als hij een werknemer in dienst neemt die reeds de wachttijd van de WAO-uitkering heeft doorlopen. De WAO-uitkering die dan alsnog werd toegekend kon de werkgever dan met het tijdens ziekte door te betalen loon verrekenen. Bij de totstandkoming van de WIA zijn in de WIA soortgelijke bepalingen^[38] opgenomen met de uitdrukkelijke bedoeling van voortzetting van het beleid dat ter zake onder de WAO gold.^[39] De te verstrekken uitkering zou dus met het tijdens ziekte door te betalen loon dienen te kunnen worden verrekend. Tegelijkertijd bepaalde de WIA dat de hoogte van de loongerelateerde WGA-uitkering en in sommige gevallen ook de hoogte van de WGA-loonaanvullingsuitkering wordt berekend door vermindering met 70% van het genoten loon. Tegelijkertijd de uitkering met het loon verrekenen (zoals door de tekst van de WIA wordt vereist^[40]) en het loon met de uitkering verrekenen (zoals de bedoeling van de wetgever was^[41]), is natuurlijk rekenkundig onmogelijk.

De Centrale Raad van Beroep moest daarom bepalen welke van de twee het zou moeten worden. In 2014^[42] heeft de Centrale Raad van Beroep bepaald dat het ontbreken van een uitzondering voor de Amber-bepalingen^[43] in de wettelijke bepaling die de hoogte van de loongerelateerde en (soms) WGA-loonaanvullingsuitkering regelt,^[44] betekent dat ook in dit geval loon met de uitkering moet worden verrekend. De Centrale Raad van Beroep maakt daar in zijn uitspraak verder geen woorden aan vuil, maar daarmee verdween onbedoeld wel een belangrijk deel van de beschermende werking die werkgevers konden onttelen aan de Amber-

bepalingen. Deze uitspraak opende ook de weg voor het UWV om te stellen dat nieuw bedongen arbeid was ontstaan met als gevolg een nieuwe loondoorbetalingsverplichting, niet omdat dat nodig was om te voorzien in het inkomen van een arbeidsongeschikte werknemer, maar om de hoogte van de door het UWV te betalen WGA-uitkering te verminderen. Het is in het belang van activering als een van de pijlers van de WIA om de Amberbepalingen volledig in ere te herstellen.

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

Tilburg, 24 mei 2023

[1] CRvB 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2424.

[2] Art. 7:629 lid 1 BW.

[3] Art. 7:658a lid 1 BW.

[4] Art. 7:670 lid 1 BW.

[5] Art. 7:669 lid 3 onder b BW.

[6] Art. 7:658a lid 1 BW.

[7] Art. 42 WIA.

[8] Deze formulering zal later terugkomen in een groot aantal rechterlijke uitspraken.

[9] HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134 (*Kummeling/Oskam*).

[10] CRvB 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2796 en ECLI:NL:CRVB:2010:BN2809.

[11] Art. 29 lid 2 Ziektewet.

[12] Tijdens de wachttijd bestaat recht op loon of Ziektewetuitkering.

[13] Bij meer dan 35% arbeidsongeschiktheid bestaat recht op WIA-uitkering.

[14] Bij nieuwe bedongen arbeid bestaat een nieuw recht op loondoorbetaling tijdens ziekte.

[15] Art. 19 WW.

[16] Art. 29 lid 5 Ziektewet.

[17] Art. 29b lid 1 onder b Ziektewet.

[18] Art. 50 en 57 WIA.

[19] Als de mate van arbeidsongeschiktheid aan het einde van de nieuwe wachttijd van 104 weken minder is dan 35%, heeft de werknemer natuurlijk geen recht op een WIA-uitkering. Op dat moment kan wel recht ontstaan op een WW-uitkering, als de werknemer er niet in geslaagd is om in voldoende mate arbeid te vinden die past bij zijn beperkingen.

[20] Zie de noot van Riphagen onder de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2424 in *USZ* 2023/22.

[21] Art. 61 lid 1 WIA.

[22] Als het inkomen hoger is dan of gelijk aan de overblijvende verdien capaciteit of als de inkomenseis van art. 60 lid 3 WIA niet geldt. Zie art. 61 lid 2 WIA. De Centrale Raad van Beroep heeft in zijn uitspraak van 19 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:880 besloten dat de verrekening van het loon met de WGA-uitkering ook geldt als sprake is van de toepassing van art. 48 en 50 c.q. 55 en 57 WIA, de zogenoemde uitkeringen als bedoeld in de Wet Amber, hoewel de doelstelling van deze wet juist was dat de uitkeringen met het loon verrekend zouden kunnen worden.

[23] Ktr. Utrecht 7 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK5511 (*Kummeling/Oskam*); Hof Arnhem 1 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5554; Hof Arnhem (als nevenzittingsplaats van het Hof Amsterdam) 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BX0123; Ktr. Amersfoort 8 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7237, *USZ* 2011/86, m.nt. Fruytier; Ktr. Utrecht 14 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7568; Ktr. Boxmeer 16 januari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV2287; Ktr. Utrecht 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY128, *JAR* 2012/306, m.nt. Barentsen (*Kummeling/Oskam*); Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4324; Ktr. Rotterdam 20 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7287; Ktr. Eindhoven 23 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3625; Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223; Ktr. Rotterdam 15 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1486; Ktr. Haarlem 8 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2968; Ktr. Roermond 31 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:740.

[24] Zie Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BHO657, waarin uit het feit dat op grond van art. 7:629 lid 12 BW de arbeidsovereenkomst in stand blijft als de werknemer passende arbeid gaat verrichten, wordt afgeleid dat die arbeid dan als bedongen arbeid geldt en Ktr. Amsterdam 1 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0969, waar belang wordt gehecht aan het feit dat sprake was van een bedrijfsongeval en aan goed werkgeverschap.

[25] Zie Ktr. Eindhoven 2 mei 2011: ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ3289, waarin gesteld wordt dat niet snel mag worden aangenomen dat de bedongen arbeid stilzwijgend is gewijzigd en Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223, waarin wordt gesteld dat passende arbeid geen nieuwe bedongen arbeid kan worden door enkel tijdsverloop en dat de werkgever iets moet hebben gedaan of nagelaten dat bij de werknemer het gerechtvaardigde vertrouwen heeft kunnen wekken en waarin belang wordt gehecht aan het feit dat de werkgever verplicht is tot re-integratie en dat hij dus niet de mogelijkheid heeft om te voorkomen dat langdurig passend werk wordt verricht.

[26] CRvB 21 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1757.

[27] De Centrale Raad van Beroep verwijst naar HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*) en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*).

[28] CRvB 25 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:921.

[29] CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:284.

[30] CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:286.

[31] CRvB 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2424.

[32] Dat wil zeggen: niet dezelfde oorzaak als bedoeld in art. 48 lid 1 WIA (voor wat betreft de IVA-uitkering) en art. 55 lid 1 WIA (voor wat betreft de WGA-uitkering).

[33] Op grond van art. 61 lid 1 of 2 WIA.

[34] In de zin van art. 48 lid 1 WIA (voor wat betreft de IVA-uitkering) en art. 55 lid 1 WIA (voor wat betreft de WGA-uitkering).

[35] *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, Coalitieakkoord 2021-2025 VVD, D66, CDA en ChristenUnie van 15 december 2021, *Kamerstukken II* 2021/22, 35788, nr. 77.

[36] Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 3 april 2023 (Voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket), *Kamerstukken II* 2022/23, 29544, nr. 1176.

[37] Wet afschaffing malus en bevordering re-integratie, wet van 2 november 1995 (*Stb.* 1995, 560).

[38] Art. 48, 50, 55 en 57 WIA.

[39] Memorie van Toelichting bij Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (wetsvoorstel

30034, nr. 3, p. 67).

[40] Art. 61 lid 1 en 2 WIA.

[41] De verrekening was daarbij gebaseerd op art. 7:629 lid 5 BW.

[42] CRvB 19 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:880.

[43] Art. 48, 50, 55 en 57 WIA.

[44] Art. 61 lid 1 en 2 WIA.

RECHTSPRAAK

Werknemer is niet in de bewijsopdracht geslaagd. Het hof komt niet terug op eerdere bindende eindbeslissingen over het opzegverbod en de billijke vergoeding.

Feiten

In de tussenbeschikking is appellant toegelaten tot bewijs van feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat hij nog een loonaanspraak heeft omdat hij in de periode van mei 2020 tot 7 augustus 2020 meer heeft gewerkt dan hem op basis van de salarisspecificatie van 23 februari 2021 is uitgekeerd. In dit kader heeft appellant getuigen doen horen en schriftelijke stukken in het geding gebracht.

Oordeel

Uit de getuigenverhoren en het door appellant overgelegde WhatsApp-berichtenverkeer komt naar voren dat hij in de zomer van 2020 meer uren werkte dan 24 uur per week. Geïntimeerde heeft echter aangevoerd dat appellant na augustus 2020 vaak afwezig was en minder werkte, wat minuren opleverde. Op deze stelling is appellant niet ingegaan, terwijl uit de getuigenverhoren en overgelegde schriftelijke stukken geen weerspreking van die minuren volgt. Appellant heeft ook niet betwist dat hij zijn gewerkte uren zelf registreerde in de bedrijfscomputer in het café. Verder volgt uit de getuigenverhoren dat 102 van de door appellant gewerkte overuren ter verwerking zijn doorgegeven. Dit heeft geleid tot de loonstrook van 14 januari 2021. Hierna is deze loonstrook gecorrigeerd, omdat overuren door appellant zelf werden geregistreerd en appellant met het opschroeven van zijn uren een extra bedrag aan NOW-subsidie wilde ontvangen. In de veronderstelling dat appellant de onderneming alleen zou voortzetten, hadden geïntimeerden hier geen moeite mee. Later werd duidelijk dat appellant de onderneming niet zou voorzetten en toen zijn de loonstroken gecorrigeerd. Appellant heeft niet (voldoende) weersproken dat hij zijn uren heeft opgeschroefd met het oog op de NOW-subsidie. Daarmee is de conclusie dat appellant er niet in is geslaagd het bewijs te leveren. Dit betekent dat appellant, naast de door de kantonrechter toegewezen na- en doorbetaling van loon tot aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op 1 juli 2021, geen aanspraak heeft op betaling van achterstallig loon aan overuren, vakantie-

uren en vakantiedagen. Appellant verzoekt het hof verder om terug te komen op de in de tussenbeschikking gegeven beslissingen over het opzegverbod en de billijke vergoeding. In de tussenbeschikking heeft het hof het beroep van appellant op het opzegverbod wegens ziekte verworpen. Daarmee is sprake van een bindende eindbeslissing. De rechter mag van een dergelijke beslissing in dezelfde instantie niet terugkomen, tenzij die beslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag. Dit laatste is niet het geval. Ook voor een andere beslissing over de billijke vergoeding bestaat geen grond. Dat geïntimeerden een valse urenregistratie hebben opgemaakt, is na bewijslevering door appellant niet komen vast te staan. Evenmin kan worden aangenomen dat geïntimeerden bewust informatie hebben achtergehouden en/of appellant opzettelijk onjuist hebben geïnformeerd. De conclusie is dat het hof niet terugkomt op zijn oordelen over het opzegverbod en de billijke vergoeding. Het hoger beroep slaagt aldus niet.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:3977

Zaaknummer: 200.299.181/01

Rechters: M. Willemse, M.E.L. Fikkers en M. Aksu

Advocaten: H.C. Post en E.Tj. van Dalen

Wetsartikelen: 7:670 lid 1 BW en 7:671b lid 9 aanhef en onder c BW

RECHTSPRAAK

Loonvordering. Partijen hebben afspraken gemaakt over de gewijzigde arbeidsomvang. De maanden waarin te veel loon is betaald worden verrekend met maanden waarin te weinig is betaald.

Feiten

Werknemer is tot 1 oktober 2022 bij werkgever in dienst geweest als tekenaar. Partijen hebben een geschil over het door werkgever aan werknemer uitbetaalde loon, een (netto)vergoeding voor een pensioenachterstand en de eindafrekening. Specifiek verschillen partijen van mening over de afgesproken arbeidsduur. Werknemer stelt dat werkgever deels te weinig en deels ten onrechte niet heeft betaald. Werkgever stelt dat werknemer in de laatste maanden van zijn dienstverband te weinig uren heeft gewerkt en vindt dat hij werknemer ten onrechte salaris over die uren betaald heeft. Werkgever wil het te veel betaalde verrekenen.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt dat partijen met ingang van 1 november 2021 een arbeidsduur van minimaal 16 uur per week hebben afgesproken. Dit volgt uit de overgelegde e-mails. Werkgever heeft later, in een e-mail van 6 april 2022, een voorstel aan werknemer gedaan om de arbeidsovereenkomst (weer) te wijzigen zodat de arbeidsduur 8 uur per week zou worden. Werknemer is met dat voorstel echter niet akkoord gegaan, zodat de arbeidsduur steeds (minimaal) 16 uur per week gebleven. Werkgever was verder verplicht om werknemer tot het einde van zijn dienstverband uit te betalen voor 16 uur per week. Of de werkzaamheden ook daadwerkelijk door werknemer zijn verricht, is daarbij niet relevant nu niet is gebleken van werkweigering. Werkgever heeft ten onrechte over de maanden april tot en met augustus 2022 slechts salaris uitbetaald voor een arbeidsduur van 8 uur per week en over september 2022 helemaal geen salaris. Het verschil tussen het uitbetaalde salaris en het salaris voor 16 uur per week is werkgever nog aan werknemer verschuldigd. Werkgever heeft werknemer echter over de periode december 2021 tot en met maart 2022 salaris betaald gebaseerd op een arbeidsduur van 24 uur per week, terwijl werknemer in die periode niet meer dan 16 uur per week heeft gewerkt. Berekend tot en met juli 2022 heeft werkgever dan, na verrekening, in totaal het correcte bedrag aan salaris betaald. Dit betekent wel dat werkgever over de maand augustus

2022 nog een bedrag van € 949,95 bruto moet betalen en over de maand september 2022 € 1.899,90 bruto. Die bedragen zullen worden toegewezen. Werknemer heeft in dit kader eveneens recht op uitbetaling van opgebouwde vakantietoeslag én – op basis van de algemeen verbindend verklaarde cao – uitbetaling van niet genoten vakantiedagen. De wettelijke verhoging over het achterstallig loon en de vakantietoeslag wordt gematigd tot 20%, nu niet kan worden vastgesteld dat werkgever bewust en op volledig onterechte gronden tot verrekening is overgegaan. Tot slot moet werkgever ook het bedrag van € 3.000 netto aan werknemer betalen dat zij hebben afgesproken als vergoeding voor de pensioenachterstand.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3840

Zaaknummer: 10246742 CV EXPL 22-38587

Rechters: F. Aukema-Hartog

Advocaten: W.Y. Yeh

Wetsartikelen: 6:96 BW en 6:119 BW

RECHTSPRAAK

Arbeidsovereenkomst werknemer kwalificeert niet als oproepcontract, zodat de arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd.

Feiten

Werkneemster is in dienst bij werkgeefster in de functie van logopediste, aanvankelijk op een arbeidsovereenkomst voor 3,5 uur per week. Vanaf 2021 is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarin is bepaald dat het aantal te werken uren fluctuerend zal zijn. Werkneemster heeft bij e-mail van 15 november 2022 haar dienstverband opgezegd tegen 1 december 2022. Op 18 november 2022 heeft werkneemster zich ziekgemeld. Met ingang van 1 december 2022 is zij uit dienst getreden. Werkgeefster verzoekt een verklaring voor recht dat sprake is van een onregelmatige opzegging door werkneemster zodat zij aan werkgeefster een gefixeerde schadevergoeding is verschuldigd.

Oordeel

Werkneemster stelt dat geen sprake is van een onregelmatige opzegging, omdat (i) werkgeefster via Whatsapp zou hebben ingestemd met de opzegging tegen 1 december 2022 én (ii) de arbeidsovereenkomst kwalificeert als een oproepovereenkomst zodat de opzegtermijn volgens artikel 7:672 lid 5 BW slechts vier dagen bedraagt. Ten aanzien van het eerste punt – instemming met opzegging – heeft werkgeefster een brief overgelegd waarin duidelijk staat dat niet ingestemd wordt met de opzegging tegen 1 december 2022. Bovendien heeft werkgeefster aangevoerd dat zij werkneemster vrijgesteld heeft van werk tot 1 december 2022 omdat werkneemster tegen die datum haar arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en zij werkneemster niet kan dwingen om langer te werken. Dat werkneemster is vrijgesteld betekent naar het oordeel van de kantonrechter niet dat werkgeefster ook ingestemd heeft met de opzegging tegen 1 december 2022. Dit blijkt verder nergens uit. Ook is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake van een oproepovereenkomst. Hoewel het aantal te werken uren niet vastgelegd is, is wel vastgelegd dat werkneemster in beginsel op vier dagen per week haar werkzaamheden zal verrichten. Uit de overgelegde stukken blijkt dat zij in de praktijk ook vier dagen heeft gewerkt en dat dit volle dagen zijn geweest. Ook de aard van de te verrichten werkzaamheden wijst erop dat geen sprake is van een oproepcontract. Van

werkneemster werd verwacht dat zij haar werkzaamheden telkens verrichtte op de overeengekomen vier dagen per week, zonder dat zij hiertoe specifiek opgeroepen werd. Door de opbouw van dit cliëntenbestand was zij ook verzekerd van een zekere mate van vaste uren aan werkzaamheden. Ook betaalde werkgeefster het loon structureel door tijdens feestdagen. Hieruit blijkt dat de arbeidsovereenkomst feitelijk niet als oproepovereenkomst uitgevoerd is, zodat werkneemster een onjuiste opzegtermijn in acht heeft genomen en zij een gefixeerde schadevergoeding verschuldigd is aan werkgeefster. De schadevergoeding bedraagt € 3.069,22 bruto. Werkgeefster stelt verder dat zij schade heeft geleden doordat werkneemster de dossiers van haar cliënten niet of onvolledig bijgehouden heeft. Voldoende blijkt dat werkneemster incomplete dossiers heeft, maar er is echter onvoldoende gesteld om aan te kunnen nemen dat werkgeefster met opzet de dossiers niet heeft gecompleteerd of dat sprake is van bewuste roekeloosheid. Werkneemster is dus niet op grond van artikel 7:661 BW aansprakelijk voor de schade. Werkgeefster verzoekt tevens een bedrag van € 1.179,36 wegens onverschuldigd betaald loon omdat werkneemster 73 behandelingen niet zou hebben uitgevoerd maar wel betaald heeft gekregen. De kantonrechter is van oordeel dat niet kan worden vastgesteld of de behandelingen zijn uitgevoerd, omdat de behandeljournals niet zijn ingevuld. Van een aantal behandelingen staat wel vast dat deze niet zijn uitgevoerd, zodat in totaal € 116,32 dient te worden terugbetaald.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 11-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:2103

Zaaknummer: 10305620 \ EJ VERZ 23-48

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

Advocaten: L.M.J. Corvers

Wetsartikelen: 7:628a lid 1 BW, 7:672 lid 11 BW en 7:628a lid 9 BW

RECHTSPRAAK

Verstekvonnis. Geen opzegverbod. Ontbinding arbeidsovereenkomst op de h-grond. Arbeidsovereenkomst is inhoudsloos geworden omdat werknemer van de radar is verdwenen en langdurig volstrekt onbereikbaar is voor werkgever.

Feiten

Werknemer is sinds 1 maart 2004 in dienst bij de door de Stichting voor protestants-christelijk onderwijs Fedra (hierna: Fedra) in stand gehouden basisschool Ontmoetingsplaats, in de functie van conciërge met een salaris van € 1.254,72 bruto exclusief vakantietoeslag en eindejaarsuitkering. De cao Primair Onderwijs is van toepassing en er geldt een opzegtermijn van drie maanden. Werknemer is met ingang van 2 september 2020 uitgevallen wegens ziekte. De bedrijfsarts heeft werknemer bij brief van 23 mei 2022 opgeroepen om beschikbaar te zijn voor een huisbezoek op 7 juni 2022 om 10.00. De schoonzus van werknemer heeft het voorgenomen huisbezoek een dag van tevoren geannuleerd. In het actueel oordeel van 7 juni 2022 staat onder meer dat werknemer op dat moment en in de toekomst niet kan werken. Het advies om een vervroegde WIA-aanvraag in te dienen kan niet worden gerealiseerd omdat werknemer onbereikbaar is. Fedra heeft de loonbetalingen per medio september 2022 gestaakt. Naar aanleiding daarvan is (ook) niets van werknemer vernomen. Fedra verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden per 1 februari 2023, namelijk de datum waarop de geldende opzegtermijn is verstreken, op grond van omstandigheden die maken dat het van Fedra in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij de arbeidsverhouding met werknemer voortzet, primair op de g-grond, subsidiair op de h-grond en meer subsidiair op de b-grond. Werknemer is niet verschenen.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat er geen sprake is van een opzegverbod omdat werknemer langer dan twee jaar ziek is. Fedra heeft haar verzoek primair gegrond op de g-grond, stellende dat zij geen aanknopingspunten of mogelijkheden ziet om de arbeidsrelatie vruchtbaar te continueren. Hoewel de kantonrechter die mogelijkheden zelf momenteel ook niet ziet omdat werknemer volstrekt onbereikbaar is, is deze stelling onvoldoende om te kunnen concluderen

dat er tussen partijen sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding en dat deze verstoring een dusdanige aard heeft dat herstel van de relatie niet meer mogelijk is. Uit de door Fedra ingenomen stellingen en overgelegde stukken blijkt namelijk dat werknemer altijd een gewaardeerde collega is geweest en er zijn geen feiten en omstandigheden aangedragen die aannemelijk maken dat dit anders zou zijn in het geval hij ineens weer boven water zou komen en hij, hypothetisch gezien, weer aan de slag zou willen (en kunnen) bij Fedra. Het beroep op de h-grond slaagt. Redengevend is het feit dat de arbeidsovereenkomst tussen Fedra en werknemer inhoudsloos is geworden. Werknemer is al meer dan een jaar volledig onbereikbaar, niet alleen voor Fedra, maar ook voor de door haar ingeschakelde bedrijfsarts. Werknemer voldoet, ondanks diverse waarschuwingen van Fedra voor de mogelijke consequenties, niet aan zijn re-integratieverplichtingen. De kantonrechter is van oordeel dat herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk is en/of niet in de rede ligt omdat deze mogelijkheid überhaupt niet kan worden onderzocht gezien het feit dat werknemer, zoals meermaals overwogen, volledig van de radar is verdwenen. Het einde van de arbeidsovereenkomst wordt bepaald op 1 juni 2023. Dat is de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, verminderd met de duur van deze procedure (art. 7:671b lid 8 sub a BW).

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 03-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:2886

Zaaknummer: 10310988 AO VERZ 23-12

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: M.W.A. Scholtes

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

RECHTSPRAAK

Werknemer is nieuw bedongen arbeid gaan verrichten, zodat voor werkgever een nieuwe loondoorbetalingsverplichting is ontstaan. Urenvermindering is een weloverwogen en gezamenlijke beslissing van partijen geweest.

Feiten

Werknemer was bij zijn werkgever werkzaam als medewerker facilitair informatiemanagement voor gemiddeld 37,76 uur per week. Hij is op 2 maart 2015 uitgevallen wegens ziekte. Nadien heeft werknemer zijn werkzaamheden gedeeltelijk hervat. Op zijn aanvraag om hem in aanmerking te brengen voor een WIA-uitkering heeft het UWV bij besluit van 19 januari 2017 afwijzend beslist op de grond dat werknemer na afloop van de wettelijke wachttijd van 104 weken op 27 februari 2017 minder dan 35 procent arbeidsongeschikt was. Werknemer werd geschikt geacht voor de 30,4 uur per week, verdeeld over vier dagen per week, die hij in zijn eigen werk werkzaam was, resulterend in een arbeidsongeschiktheidspercentage van 19,49 procent. Werknemer en zijn werkgever hebben bij het UWV melding gemaakt van een toename van arbeidsongeschiktheid per 3 september 2018 en verzocht om een nieuwe WIA-beoordeling. Een verzekeringsarts heeft werknemer op het spreekuur gezien en geconcludeerd dat hij vanwege sterk wisselende mogelijkheden per 3 september 2018 volledig arbeidsongeschikt is. Bij besluit van 31 januari 2019 heeft het UWV werknemer met ingang van 3 september 2018 in aanmerking gebracht voor een loongerelateerde WGA-uitkering. Daarbij is het maandelijks aan uitkering te betalen bedrag, na aftrek van het maandinkomen van werknemer, gesteld op € 426,19 bruto. Werkgever heeft tegen het besluit van 31 januari 2019 bezwaar gemaakt. Werkgever heeft zich op het standpunt gesteld dat het loon niet hoeft te worden doorbetaald omdat de bedongen arbeid niet is gewijzigd. Bij besluit van 7 mei 2019 (bestreden besluit) heeft het UWV het bezwaar van werkgever gegrond verklaard. Volgens het UWV is geen nieuwe periode van loondoorbetaling ontstaan en moet de WIA-uitkering ongekort worden uitbetaald. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van werknemer tegen het bestreden besluit gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd. De rechtbank heeft overwogen dat bij de re-integratie van werknemer een eindresultaat is bereikt en dat dit resultaat zowel voor werknemer als voor

werkgever bevredigend was. Voor dit oordeel heeft de rechtbank steun gevonden in de rapporten van twee arbeidsdeskundigen (uit 2016 en 2017). Daarnaast heeft de rechtbank het rapport van een verzekeringsarts van 28 december 2016 van belang geacht. Daarin heeft de arts de verwachting uitgesproken dat de functionele mogelijkheden van werknemer niet wezenlijk zullen veranderen. Hij is vier dagen per week gaan werken in zijn eigen werk, met daarbinnen een aantal accentverschuivingen waarvan niet gezegd kan worden dat deze buiten de functieomschrijving vielen. Weliswaar heeft werknemer het mutatieformulier en de nieuwe arbeidsovereenkomst niet getekend, maar dat acht de rechtbank niet doorslaggevend. Beide stukken hadden tot doel de formele urenvermindering, zoals die in de praktijk al had plaatsgevonden, vast te leggen en met die urenvermindering was werknemer het eens. Onder verwijzing naar het beoordelingskader zoals geschetst in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 21 mei 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:1757) heeft de rechtbank geoordeeld dat de werknemer nieuw bedongen arbeid is gaan verrichten. Weliswaar leidt een enkele wijziging van de urenomvang, hoe gering ook, nog niet tot de conclusie dat sprake is van nieuw bedongen arbeid. Echter, in dit geval is de urenvermindering een weloverwogen en gezamenlijke keuze van partijen geweest. Nu werknemer per 27 februari 2017 nieuw bedongen arbeid is gaan verrichten, is voor werkgever per september 2018 een nieuwe loondoorbetalingsverplichting ontstaan. Werkgever heeft in hoger beroep betwist dat de bedongen arbeid is gewijzigd. Werknemer heeft verzocht de aangevallen uitspraak te bevestigen.

Oordeel

De CRvB komt tot de volgende beslissing. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat voor werkgever per 3 september 2018 een nieuwe loondoorbetalingsverplichting is ontstaan, en dat het UWV daarom terecht per die datum een inkomenskorting op de WIA-uitkering van werknemer heeft toegepast. Vaststaat dat werknemer vanaf eind 2016 tot zijn uitval in september 2018 feitelijk vier dagen per week werkzaam is geweest. Bij de re-integratie van werknemer was in februari 2017 een eindresultaat bereikt en dit resultaat – 32 uur per week in zijn oorspronkelijke arbeid – was zowel voor werknemer als voor werkgever bevredigend. Werkgever heeft weliswaar gesteld dat ook nadien is gestreefd naar volledige hervatting, maar door werknemer is dit weersproken en uit de stukken blijkt in het geheel niet dat na februari 2017 nog re-integratieactiviteiten hebben plaatsgevonden om dat doel te bereiken. Uit het afsluitende re-integratierapport van 21 november 2016 blijkt daarentegen dat partijen het erover eens waren dat, mede gezien de door de bedrijfsarts gestelde urenbeperking van dertig uur per week, er een optimaal en duurzaam resultaat was bereikt voor wat betreft inzet en arbeidsuren in eigen werk. Werknemer was in staat gedurende vier werkdagen met een rustdag op woensdag inhoud aan zijn functie te geven en zowel werkgever als werknemer

konden zich hierin vinden. Partijen hebben de ontstane situatie per 1 augustus 2017 willen formaliseren. Daartoe is een door de werkgever ondertekend P&O mutatieformulier opgesteld en is een nieuwe – eveneens door de werkgever ondertekende – arbeidsovereenkomst als medewerker facilitair informatiemanagement aan werknemer gestuurd voor een gemiddelde arbeidsduur van 32 uur per week. Hoewel werknemer die arbeidsovereenkomst – om andere redenen dan de genoemde urenomvang – niet heeft willen ondertekenen, heeft de aard en de omvang van de werkzaamheden in de periode tot de hernieuwde uitval in september 2018 tussen partijen niet ter discussie gestaan. De rechtbank heeft terecht overwogen dat gezien deze gang van zaken de urenvermindering een weloverwogen en gezamenlijke keuze van werknemer en werkgever is geweest, waarbij afspraken zijn gemaakt over de urenvermindering en men zich vervolgens bestendig naar die gewijzigde situatie heeft gedragen. Het hoger beroep slaagt niet en de CRvB bevestigt de aangevallen uitspraak.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 16-11-2022

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2022:2424

Zaaknummer: 21/1490 WIA

Rechters: E.J.J.M. Weyers, S.B. Smit-Colenbrander en F.M. Rijnbeek

Advocaten: M. Zuidema, A.I. Damsma en M.B. van Voorthuizen

Wetsartikelen: 61 WIA en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Pensioenzaak. Vordering premievrije pensioenopbouw afgewezen. Werknemer had voor arbeidsgeschikt deel geen dienstverband in de bouwnijverheid.

Feiten

Werknemer is sinds 1987 werkzaam in de bouwnijverheidssector en daarmee deelnemer in het pensioenfonds van BPF Bouw. Op 19 augustus 1995 werd werknemer ziek. De werkgever van werknemer heeft, conform de op dat moment geldende regelgeving met betrekking tot de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, tot 21 augustus 1996 pensioenpremies afgedragen aan BPF Bouw. Vanaf 19 augustus 1996 werd werknemer door het UWV gedeeltelijk arbeidsongeschikt verklaard. Op 19 februari 1997 ving de gedeeltelijke premievrije pensioenopbouw wegens arbeidsongeschiktheid aan. In het voorjaar van 1997 heeft het UWV besloten tot een herkeuring van werknemer. Het UWV oordeelde dat de arbeidsongeschiktheid 80-100% bedroeg. Per 11 maart 1998 is de WAO-uitkering van werknemer verhoogd naar 80-100%. Op 23 juli 2012 heeft werknemer aan BPF Bouw verzocht de premievrije opbouw te corrigeren in die zin dat vanaf 12 maart 1997 recht bestaat op premievrije pensioenopbouw op grond van een arbeidsongeschiktheid van 80-100%. BPF Bouw heeft vervolgens medegedeeld dat werknemer geen recht heeft op verhoging van de premievrije pensioenopbouw, omdat werknemer niet aan de voorwaarden voldeed. Werknemer vordert onder meer dat BPF Bouw premievrije pensioenopbouw toekent op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid.

Oordeel

Partijen hanteren een verschillende uitleg van een aantal bepalingen uit het destijds geldende LAP-reglement. Volgens werknemer maakt artikel 2 lid 1 onder b van dat reglement geen enkel onderscheid in de relatie tussen deelnemerschap en arbeidsgeschikte en arbeidsongeschikte uren. Werknemer stelt dat hij dus voldeed aan de definitie van deelnemer, omdat hij vanaf augustus 1996 steeds een WAO-uitkering bleef ontvangen. BPF Bouw betwist de uitleg van werknemer. Volgens BPF Bouw dient een werknemer deelnemer te zijn aan de pensioenregeling ten tijde van ingang van de WAO-uitkering. Indien er sprake is van

gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid en deze neemt later toe, dan dient er ten tijde van de verhoging van de WAO-uitkering voor het arbeidsgeschikte deel een dienstverband in de bouwnijverheid te zijn waardoor de betrokken werknemer pensioen opbouwt bij BPF Bouw en ook voor dat gedeelte deelnemer is bij BPF Bouw. De kantonrechter volgt de uitleg van BPF Bouw. De LAP-regeling koppelt in artikel 14 een percentage premievrije opbouw aan het percentage arbeidsongeschiktheid. Bij een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid blijft er een percentage arbeidsgeschiktheid bestaan. Voor dit deel wordt werknemer geacht te kunnen werken. Indien werknemer voor dat arbeidsgeschikte deel geen dienstverband meer heeft in de bouwnijverheid en er vervolgens een toename van de arbeidsongeschiktheid optreedt, kan werknemer voor dat deel niet meer worden gezien als deelnemer in de BPF Bouw. Het enkele feit dat werknemer op dat moment voor het arbeidsgeschikte gedeelte een pensioenaanspraak heeft op BPF Bouw, maakt dat niet anders. Zodoende is werknemer direct voorafgaand aan de verhoging van zijn WAO-uitkering op 11 maart 1998, voor een gedeelte van 65-75% (het arbeidsgeschikte gedeelte) geen deelnemer in BPF Bouw. Hij kan voor dit gedeelte dan ook geen aanspraak maken op verhoging van de premievrije pensioenopbouw. De kantonrechter is van oordeel dat BPF Bouw in redelijkheid heeft kunnen besluiten niet over te gaan tot toepassing van de hardheidsclausule. De vordering van werknemer wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:2491

Zaaknummer: 9415163 CV EXPL 21-12582

Rechters: M.W. van der Veen

Advocaten: B.W. Koopmans en mr. R. Joosten

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Vordering werknemer tot ongewijzigde voortzetting pensioenregeling na eenzijdige wijziging door werkgever afgewezen. Zwaarwichtig belang door werkgever voldoende aangetoond. Door wijziging geschaad belang werknemer moet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarvoor wijken.

Feiten

Werknemer is sinds 15 maart 2007 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam voor de Autoriteit Stichting Financiële Markten (hierna: AFM) als toezichthouder. Van oktober 2015 tot en met december 2015 hebben de OR van de AFM en het bestuur overlegd over een wijziging van de pensioenregeling. Bij brief van 25 december 2015 heeft de OR ingestemd met de verzochte wijziging in de arbeidsvoorwaarden in de pensioenregeling. Per 1 januari 2016 is de pensioenregeling gewijzigd. Werknemer vordert onder meer ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling conform het Pensioenreglement 2014.

Oordeel

Het gaat om de beoordeling van de vraag of werknemer kan worden gehouden aan de eenzijdige wijziging van de pensioenregeling per 1 januari 2016. AFM heeft gesteld dat de wijziging van de pensioenregeling noodzakelijk is in verband met de acute financieringsproblematiek en de toekomstige kostenontwikkeling van de pensioenregeling. De kantonrechter overweegt dat de marktconformiteit van de pensioenregeling mede aanleiding is geweest om de pensioenregeling te wijzigen. Het is een van de omstandigheden die moet worden meegewogen of sprake is van een zwaarwichtig belang, maar die omstandigheid is niet doorslaggevend. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat aan marktconformiteit een zekere subjectiviteit ten grondslag ligt. De bij de beoordeling van marktconformiteit betrokken partijen opereren weliswaar op dezelfde markt, maar zijn voorts niet een-op-een met elkaar te vergelijken. AFM heeft een eigen publieke taak en wordt gefinancierd door de sector. Zij heeft daardoor een unieke positie in de markt. Willis Towers Watson (hierna: WTW), de pensioenadviseur die de OR heeft geadviseerd bij het instemmingstraject, heeft geconcludeerd dat de CDC-regeling die AFM heeft voorgesteld

marktconform is, op één punt na. Dit punt betrof het nabestaandenpensioen op risicobasis. WTW heeft kanttekeningen geplaatst bij de marktconformiteit van de financiële opzet van de voorgestelde CDC-regeling ten opzichte van de CDC-regelingen bij grote banken. Naar het oordeel van de kantonrechter leiden de kanttekeningen, gelet op de (afwijkende commerciële) aard enerzijds en de door AFM getroffen overgangsmaatregel voor de overgang van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke toeslagverlening (onvoorwaardelijke toeslagverlening van maximaal 1,5% van de loonindexatie gedurende 10 jaar voor actieven die al in dienst waren per 31 december 2015) anderzijds, er niet toe dat in zijn algemeenheid geen sprake is van een zwaarwichtig belang. Het feit dat de OR heeft ingestemd met de gewijzigde pensioenregeling wijst er ook op dat sprake is van een zwaarwichtig belang. De wijziging van de arbeidsvoorwaarden en de pensioenregeling was noodzakelijk in de ogen van de minister van Financiën om de begroting van AFM voor 2016 goed te keuren. In zoverre is de wijziging van de pensioenregeling noodzakelijk voor het voortbestaan van de onderneming. De vordering van werknemer is erop gericht dat de oude pensioenregeling ongewijzigd voor hem in stand blijft. Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende gebleken dat minder bezwarende maatregelen ontoereikend zijn om de noodzakelijke kostenbesparing te bereiken. In confesso is dat het belang van werknemer door de wijziging van de pensioenregeling wordt geschaad. Dat geen sprake is van redelijke compensatiemaatregelen wordt niet gevolgd. Anders dan werknemer stelt, houden de maatregelen die AFM heeft getroffen een compensatie in van de nadelige gevolgen van de wijziging. Er bestaat onvoldoende grond om vast te stellen dat werknemer onredelijk zwaar wordt getroffen door de wijziging, of dat sprake is van een onevenredig nadeel. De kantonrechter is van oordeel dat AFM voldoende heeft aangetoond dat zij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij de wijziging van de pensioenregeling dat het belang van werknemer dat door de wijziging wordt geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 27-07-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:10180

Zaaknummer: 6289613 CV EXPL 17-20638

Rechters: F.J. Lourens

Advocaten: DAS Rechtsbijstand en A. van der Kolk

Wetsartikelen: 7:613 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek arbeidsongeschikte werkneemster tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen. Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster gedurende re-integratie.

Feiten

Werkneemster is sinds 24 augustus 2015 in dienst bij Ordentall B.V. (hierna: Ordentall) in de functie van kliniekmanager. Op 17 juni 2019 heeft werkneemster zich ziek gemeld bij Ordentall. In verband met de uitval door ziekte heeft Ordentall de bedrijfsarts ingeschakeld. Ordentall heeft geprobeerd werkneemster te re-integreren in het arbeidsproces. Bij beslissing van 17 mei 2021 heeft het UWV aan Ordentall laten weten dat zij niet voldoende heeft gedaan om werkneemster te re-integreren. Ordentall is te kennen gegeven dat zij om die reden het loon van werkneemster moet doorbetalen tot 14 juni 2022. Bij beslissing van 29 september 2021 heeft het UWV aan Ordentall laten weten dat zij inmiddels wel genoeg heeft gedaan om werkneemster te re-integreren en dat de periode waarin Ordentall haar loon moet betalen wordt verkort tot en met 12 oktober 2021. Vanaf 13 oktober 2021 betaalt Ordentall geen loon meer aan werkneemster. Aan werkneemster is een arbeidsongeschiktheidsuitkering toegekend vanaf 13 oktober 2021. Op 15 november 2021 heeft Ordentall ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst een conceptvaststellingsovereenkomst aan werkneemster doen toekomen, waarin haar aanspraak op de transitievergoeding is opgenomen. Werkneemster heeft daarmee niet ingestemd. Werkneemster verzoekt de kantonrechter onder meer de arbeidsovereenkomst te ontbinden met primair toekenning van een transitievergoeding en billijke vergoeding en subsidiair voor zover het gestelde onvoldoende is om een billijke vergoeding toe te kennen of het gedrag van Ordentall niet als ernstig verwijtbaar wordt aangemerkt een vergoeding van € 97.963,63 of een door de kantonrechter vast te stellen bedrag, op grond van artikel 7:611 BW juncto artikel 7:686 BW. Aan de verzoeken legt werkneemster ten grondslag dat Ordentall zich tegenover haar ernstig verwijtbaar heeft gedragen, enerzijds door niet althans niet goed te reageren op signalen van overbelasting leidend tot haar uitval door ziekte en anderzijds door aan haar re-integratie niet goed invulling te geven. Zo heeft Ordentall geen veilige werkomgeving geboden en is zij haar zorgplicht als werkgever niet nagekomen. Daarom verzoekt werkneemster ontbinding van de

arbeidsovereenkomst en toekenning van de transitievergoeding. Werkneemster stelt verder dat zij als gevolg van de situatie schade heeft geleden, zowel lichamelijk en geestelijk (letsel) als financieel.

Oordeel

De door werkneemster aangehaalde omstandigheden, waarop zij baseert dat Ordentall ernstig verwijtbaar en in strijd met goed werkgeverschap heeft gehandeld, leiden in de opvatting van de kantonrechter echter niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Ordentall wordt gevolgd in haar standpunt dat ontbinding achterwege moet blijven omdat haar geen althans onvoldoende verwijt treft. In dit verband is van betekenis dat Ordentall al medio november 2021 aan werkneemster een voorstel heeft gedaan om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen, met betaling van de transitievergoeding. Ondanks haar arbeidsongeschiktheid en zonder zicht op herstel binnen afzienbare tijd, waardoor het dienstverband betekenis heeft verloren, heeft werkneemster het voorstel van haar werkgever afgewezen. Nadien is er nog gelegenheid geweest om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen, maar zover is het niet gekomen. Aan wat partijen naar voor hebben gebracht kan de kantonrechter niet de conclusie verbinden dat Ordentall zo verwijtbaar heeft gehandeld dat de arbeidsovereenkomst om die reden billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd moet eindigen. Wel staat vast dat Ordentall op het punt van de re-integratie steken heeft laten vallen, en daarom heeft het UWV de loondoorbetalingsverplichting van Ordentall ook met een viertal maanden verlengd. Deze tekortkoming betekent echter niet zonder meer dat de arbeidsovereenkomst om die reden zou moeten worden ontbonden. Omdat de arbeidsovereenkomst voortduurt, is er geen grond aanwezig om een billijke vergoeding toe te kennen, wat voornamelijk de inzet is van het verzoek van werkneemster. Dat werkneemster bij opzegging van de arbeidsovereenkomst in aanmerking komt voor de transitievergoeding staat naar het oordeel van de kantonrechter niet ter discussie. Voor zover werkneemster artikel 7:611 BW als zelfstandige juridische grondslag aan haar aanspraak op een vergoeding ten grondslag heeft gelegd overweegt de kantonrechter het volgende. Van strijd met artikel 7:611 BW kan sprake zijn wanneer een werkgever maatregelen achterwege laat terwijl het duidelijk is dat die met het oog op de belangen van de werknemer genomen hadden moet worden. Uit de stellingen van werkneemster kan onvoldoende worden afgeleid dat hiervan in dit geval sprake is. Hierbij komt dat uit de stellingen van werkneemster evenmin kan worden geconcludeerd dat het aan Ordentall verweten handelen of nalaten heeft geleid tot het door werkneemster becijferde (schade)bedrag van € 97.963,63. Daarvoor zou minst genomen inzicht nodig zijn in de klachten, de precieze oorzaken daarvan en de verwachtingen op kortere en langere termijn. Dit betekent dat ook het verzoek tot vergoeding van € 97.963,63 wegens strijd met artikel 7:611 BW niet toewijsbaar is.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 24-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12133

Zaaknummer: KTN-10044942_24102022

Rechters: J.W. Langeler

Advocaten: D.J. de Vos en D.P.M.G. van den Boom

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:671c BW

RECHTSPRAAK

Eerder ontbonden arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Geen sprake van een ernstige en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding door samenwerking tussen jongerenwerker en diens partner in een gezamenlijk gemeenteproject.

Feiten

Stichting MOvector (hierna: MOvector) is een instelling die zich inzet voor de leefbaarheid van wijken en buurten van de gemeente Nieuwegein (hierna: de gemeente) en zich onder meer op het begeleiden van jongeren richt. Werknemer is sinds 19 januari 2007 in dienst bij MOvector. Hij heeft ongeveer dertien jaar een relatie met zijn voormalige collega A. A werkt sinds 2019 voor de gemeente op de afdeling Toezicht, Handhaving en Veiligheid en zij adviseert de burgemeester op het gebied van jongerenwerk. Op 1 mei 2021 is B tot directeur van MOvector benoemd en is de direct leidinggevende van werknemer geworden. Werknemer en A zijn beiden betrokken bij bepaalde projecten om jeugdcriminaliteit te voorkomen en de leefbaarheid in de wijken en buurten te waarborgen. In de stuurgroep zitten onder meer de burgemeester van de gemeente, A, B en het hoofd van de politie. In de aanloop naar deze projecten is aan het gemeentelijke integriteitsbeleid getoetst of A en werknemer als levenspartners samen op beide projecten konden worden ingezet. Daarbij is niet gebleken van bezwaren tegen hun gezamenlijke betrokkenheid bij de projecten. MOvector heeft voor het project Jonge Aanwas vier gespecialiseerde straathoekwerkers als zzp'ers aangetrokken. Tijdens de kennismakingsbijeenkomst op 28 oktober 2021 met A en B hebben de zzp'ers kenbaar gemaakt zich niet te kunnen verenigen met de taakinvulling zoals die door A wordt uitgedragen. B heeft werknemer in november 2021 aangesproken op het feit dat de relatie tussen werknemer en A toch voor problemen in het team zorgt. In november 2021 tot en met januari 2022 hebben B en werknemer daarover zo'n drie keer met elkaar gesproken. Op 12 januari 2021 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen (onder andere) B en werknemer waarin B werknemer gebrek aan professionaliteit verweet en constateerde dat sprake was van een gebrek aan draagvlak bij collega's. B verwachtte dat werknemer zich positief jegens zijn collega's zou gaan opstellen, dat hij open stond voor de mening van anderen en aan intervisie zou gaan deelnemen. Op 18 januari 2022 heeft werknemer zich ziek gemeld. De bedrijfsarts

heeft op 28 januari 2022 het verzuim als ‘deels werkgerelateerd’ aangemerkt. Geadviseerd werd om met elkaar in gesprek te gaan. MOvactor heeft mediation geïnitieerd in aanwezigheid van een advocaat. Werknemer heeft daaraan uiteindelijk meegewerkt. Na twee sessies is de mediation gestopt. De kantonrechter heeft na een verzoek van MOvactor de arbeidsovereenkomst op de g-grond ontbonden.

Oordeel

Het hof stelt allereerst vast dat tot oktober 2021 niet is gebleken van enig probleem in de samenwerking met werknemer in de veertien jaar dat hij voor MOvactor werkzaam is geweest. De gestelde verstoorde verhouding is volgens de stellingen van MOvactor het gevolg van gebeurtenissen die zich in een periode van nog geen drie maanden hebben afgespeeld. Het hof is onvoldoende gebleken van aanknopingspunten voor de juistheid van de stelling dat werknemer zich niet achter de koers van MOvactor schaarde maar keer op keer de kant van A koos en de straathoekwerkers niet steunde. Het is het hof dan ook niet duidelijk wat, zoals de kantonrechter heeft overwogen, de prudente koers was die B – in weerwil van het geldende beleid – heeft gevaren en waar werknemer zich naar had moeten richten. Werknemer volgde het geldende beleid en niet gebleken is dat werknemer instructies had ontvangen om ander beleid uit te voeren. Het hof stelt vast dat het inderdaad slechts gaat om een bij de straathoekwerkers levend sentiment dat werknemer zich achter A schaaft. Het had voor de hand gelegen dat B na de bijeenkomst van 28 oktober 2021 aan de straathoekwerkers had uitgelegd dat werknemer (en A) simpelweg het geldende beleid waaraan MOvactor zich had gecommitteerd uitdroeg, dat de relatie tussen werknemer en A volledig los stond van de wijze waarop werknemer zijn werk uitvoerde en dat B (en de stuurgroep) en niet werknemer (en A) aan zet was als een wijziging van het beleid gewenst was. Doordat MOvactor hierover geen duidelijkheid heeft gegeven en er evenmin een gesprek is gevoerd tussen bijvoorbeeld de straathoekwerkers en werknemer over de bezwaren die er bij de straathoekwerkers kennelijk bestonden tegen de relatie van werknemer en A, is het sentiment niet de kop ingedrukt en is een voedingsbodem voor wantrouwen ontstaan en blijven voortbestaan. Daarnaast had MOvactor ervoor kunnen kiezen – wanneer het sentiment dat bij de straathoekwerkers leefde, aanhield – werknemer op een ander project te plaatsen waarbij van samenwerking met A niet of nauwelijks sprake was. Die projecten en andere functies waren, zo is ter zitting gebleken, voorhanden. Desgevraagd heeft MOvactor niet duidelijk gemaakt waarom daar niet voor is gekozen. Mede gelet op het jarenlange feilloze functioneren van werknemer, het feit dat MOvactor werknemer zelf naar voren had geschoven voor dit project ondanks de relatie tussen werknemer en A en de zeer korte duur van dit ontstane wantrouwen bij de straathoekwerkers mocht en mag van MOvactor worden verwacht dat zij er alles aan had gedaan om de onterechte deuk in het vertrouwen van de straathoekwerkers in werknemer te

herstellen. Bij gebreke van die inspanningen, het feit dat het wantrouwen kennelijk met name bestaat bij de vier straathoekwerkers die (op parttimebasis) als zzp'ers zijn aangetrokken en de zeer korte duur (minder dan drie maanden) waarin het sentiment post heeft gevat en het wantrouwen is ontstaan, kan naar het oordeel van het hof, als al sprake is van een verstoorde verhouding, niet worden gezegd dat kan worden gesproken van een ernstige en duurzame versterking van de arbeidsrelatie. Van een voldragen h-grond is dus evenmin sprake. Dat geldt evenzeer voor de gevraagde ontbinding op de i-grond. De conclusie luidt dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden. Het hof is van oordeel dat herstel in de rede ligt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:4128

Zaaknummer: 200.320.290

Rechters: S.C.P. Giesen, M.P.C.J. van Bavel en P.L.R. Wefers Bettink

Advocaten: H. Giard en E. Doornbos

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

RECHTSPRAAK

Vakantiegeld wordt doorgaans in de maand mei uitbetaald en er wordt geen reden gezien dat werkgever, die bij verstek wordt veroordeeld, in afwijking hiervan het vakantiegeld maandelijks moet gaan uitbetalen.

Feiten

Werknemer vordert o.a. betaling van achterstallig loon. Glasservice Emmery is deugdelijk opgeroepen, maar niet in de procedure is verschenen. Tegen haar wordt dan ook verstek verleend.

Oordeel

De vordering van werknemer betreft onder meer niet betaald loon. Glasservice Emmery betwist de vordering niet. Daarom, en omdat de vordering niet onrechtmatig of ongegrond lijkt, komt deze voor toewijzing in aanmerking, met uitzondering van het vakantiegeld en de wettelijke verhoging. Vakantiegeld wordt namelijk doorgaans in de maand mei uitbetaald en er wordt geen reden gezien dat Glasservice Emmery in afwijking hiervan het vakantiegeld maandelijks moet gaan uitbetalen. Daarnaast wordt geen grond gezien om Glasservice Emmery te veroordelen tot betaling van wettelijke verhoging van loon dat nog niet verschuldigd is geworden, laat staan de maximale wettelijke verhoging van 50%.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12138

Zaaknummer: KTN-10181131_30112022

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: J.C. Hennipman

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Beide partijen vallen verwijten te maken over wat er tussen hen gebeurd is naar aanleiding van een loongeschil. Geen van partijen valt daarover echter een ernstig verwijt te maken. Ontbinding met toewijzing transitievergoeding.

Feiten

Werkneemster is op 1 juli 2022 voor de duur van één jaar in dienst getreden bij werkgever. Werkgever verzoekt ontbinding. Werkneemster verzoekt eveneens ontbinding, met toewijzing van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Zij vragen allebei de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter gaat dit doen, per 1 juni 2023. Werkneemster kan aanspraak maken op een transitievergoeding, tenzij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan haar zijde. Daar is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake van, net zomin als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever. In oktober 2022 is er tussen partijen een geschil ontstaan over de vraag op welk loon werkneemster op grond van haar arbeidsovereenkomst recht had. Dit conflict is in de loop van de daaropvolgende maanden fors geëscaleerd. Zo is er een ‘mediator’ door werkneemster ingeschakeld die heeft gedreigd met het doen van aangifte wegens bedreiging of intimidatie, als werkgever niet volledig tegemoet zou komen aan de looneisen van werkneemster. Werkgever heeft er op zijn beurt met een op non-actiefstelling en voorstellen ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst blijk van gegeven niet met werkneemster verder te willen; dat hij niet meteen uitvoering gegeven heeft aan het door de kortgedingrechter gewezen vonnis past een werkgever ook niet. Verder is ook van belang dat werkneemster, die sinds 12 december 2022 niet meer heeft gewerkt, al langere tijd een houding aannam van ‘ik wil niet meer’. Evenmin heeft werkneemster blijk gegeven van daadwerkelijke bereidheid om voor de resterende duur van haar arbeidsovereenkomst bij een andere werkgever gedetacheerd te worden, terwijl zij daartoe volgens haar arbeidsovereenkomst wel verplicht was op het moment dat het bedrijfsbelang dat zou vorderen. Kortom, beide partijen vallen

verwijten te maken over wat er tussen hen gebeurd is in de afgelopen maanden. Geen van partijen valt daarover echter een ernstig verwijt te maken. De transitievergoeding wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3589

Zaaknummer: 10420270

Rechters: C.J. Frikkee

Advocaten: E.M. Richel en K. Hoesenie

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:671b lid 9 sub c BW, 7:669 BW en 7:669 lid 1 sub g BW

RECHTSPRAAK

Bedrijfsleider autogarage terecht op staande voet ontslagen, vanwege het zonder toestemming verwijderen van een grote hoeveelheid bedrijfsinformatie van de server van werkgeefster. Gedraging werknemer levert tevens ernstig verwijtbaar handelen op; geen transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is op 1 mei 2000 bij werkgeefster in dienst getreden en was laatstelijk werkzaam als bedrijfsleider. Werkgeefster houdt zich bezig met de handel in en reparatie van personenauto's en lichte bedrijfsauto's. Op 13 december 2022 heeft werkgeefster met werknemer gesproken. Tijdens dit gesprek heeft werkgeefster werknemer medegedeeld dat zij de samenwerking met hem wilde beëindigen, omdat de omzet achterbleef en collega's zouden hebben geklaagd over de wijze waarop werknemer met hen communiceerde. Aan het einde van het gesprek is werknemer per direct op non-actief gesteld en is hem op korte termijn een voorstel in het vooruitzicht gesteld voor een beëindigingsregeling. Op of omstreeks 17 december 2022 heeft werknemer gevraagd of hij zijn privébestanden vanaf de server van werkgeefster mocht downloaden op een eigen externe harde schijf. Daarmee heeft werkgeefster ingestemd. Werkgeefster heeft er korte tijd op toegezien wat werknemer deed achter de computer, maar heeft daar verder niet naar omgekeken. Op 5 januari 2023 heeft werkgeefster geconstateerd dat een groot aantal bestanden van de server waren verwijderd. Dat waren bestanden met bedrijfsgevoelige informatie, zoals onder meer klantgegevens en omzetcijfers. Werkgeefster heeft in verband daarmee een bureau ingeschakeld om hier onderzoek naar te doen. Uit het onderzoek is gebleken dat de ontbrekende informatie van de server is verwijderd op de dagen dat werknemer achter de computer zat om bestanden op zijn harde schijf te zetten. Werknemer is uitgenodigd voor overleg op 7 januari 2023. Werknemer heeft laten weten op dat moment verhinderd te zijn. Op 7 januari 2023 is werknemer op staande voet ontslagen, omdat hij zonder functionele noodzaak bedrijfsgeheimen van werkgeefster zou hebben gedownload en gekopieerd naar een externe harde schijf en bestanden uit mappen zou hebben verwijderd. Werknemer verzoekt onder meer een verklaring voor recht dat hij ten onrechte op staande voet is ontslagen, alsmede toekenning

van een billijke vergoeding (€ 80.000), de transitievergoeding (ruim € 38.000) en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging (ruim € 20.000).

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft niet (voldoende) betwist dat hij een grote hoeveelheid aan werkgeefster toebehorende bedrijfsinformatie van de server heeft verwijderd. Dit wordt daarom als vaststaand aangenomen. Voor de stelling van werknemer dat het opschonen van de computer de instemming van werkgeefster had, is alleen steun te vinden in hetgeen hij daar zelf over heeft verklaard. Deze stelling staat daarom niet vast en is bovendien niet aannemelijk. Het verwijderen van een grote hoeveelheid bedrijfsinformatie van de server van werkgeefster, zonder dat dit haar instemming had, is naar het oordeel van de kantonrechter ernstig verwijtbaar. Werknemer, in zijn functie van bedrijfsleider, moet hebben geweten dat het niet aan hem was om te bepalen wat wel en niet bewaard moest worden, en dat het ontbreken van de door hem verwijderde informatie werkgeefster voor problemen zou kunnen plaatsen. Dat werkgeefster nog over een back-up beschikte, maakt dit niet anders. Het ontslag op staande voet heeft werknemer om die reden terecht gekregen. De stelling van werknemer dat het ontslag hem niet onverwijld en zonder hoor en wederhoor is gegeven is, gelet op de vaststaande feiten, niet juist. In de ontslagbrief is voorts voldoende duidelijk omschreven om welke reden werknemer zijn ontslag heeft gekregen. Daarbij is ook van belang dat hij, mede gelet op zijn functie, precies moet hebben geweten welke informatie hij van de server heeft verwijderd. Het vorenstaande leidt ertoe dat de verzochte billijke vergoeding en vergoeding wegens onregelmatige opzegging niet toewijsbaar zijn. De kantonrechter acht het handelen van werknemer ernstig verwijtbaar, zodat er ook geen aanleiding is de transitievergoeding toe te kennen. Werkgeefster maakt terecht aanspraak op de gefixeerde schadevergoeding van artikel 7:677 BW. Een bedrag van € 8.976,63 bruto wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 25-04-2023

Zaaknummer: 10365202 EJ VERZ 23-81124 en 10377297 EJ VERZ 23-81279

RECHTSPRAAK

Werknemer maakt back-up van bedrijfsmailbox en gebruikt deze stukken in gerechtelijke procedures en heeft deze stukken aan derde(n) verstrekt. Teruggave van bedrijfseigendommen en overzicht van welke stukken aan wie en wanneer zijn verstrekt.

Feiten

Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen een van de eisers en gedaagde is afgesproken dat gedaagde alle bedrijfseigendommen in de ruimste zin van het woord moest inleveren bij deze eiser. Gedaagde heeft niet alles ingeleverd en een back-up gemaakt van de bedrijfsmailbox. Het is eiseres gebleken dat gedaagde de e-mails met bijlagen van deze eiser heeft gebruikt in gerechtelijke procedures tegen eiseres en ook aan (in ieder geval) één derde heeft verstrekt. In kort geding vordert eiseres dat gedaagde alle stukken teruggeeft, een overzicht verstrekt van alle (rechts)personen aan wie gedaagde na 6 november 2019 deze stukken heeft verstrekt, welke stukken dat precies zijn en wanneer dat is gebeurd. Verder wordt verzocht dat de medische gegevens van eiseres worden vernietigd en dat de privéfoto's en -video's van eiseres worden teruggegeven.

Oordeel

Gedaagde moet de bedrijfsgegevens teruggeven aan eiseres en een overzicht maken waarin staat welke informatie zij met wie en wanneer heeft gedeeld. Gedaagde hoeft echter de medische informatie niet te vernietigen en zij hoeft de privéfoto's en -video's van eiseres niet terug te geven. Het spoedeisend belang is aanwezig omdat gedaagde nog de beschikking heeft tot bestanden en informatie van eiseres. Gedaagde heeft een back-up van de mailbox gemaakt omdat zij vermoedde dat zij dit in de toekomst nodig zou hebben om zich tegen eiseres te kunnen verdedigen. De back-up ligt op dit moment bij de advocaat van gedaagde. Gedaagde heeft in diverse procedures gebruikgemaakt van de inhoud van de back-up en heeft daar dus beschikking over. Omdat wordt gesproken over “*alle bedrijfseigendommen in de ruimste zin van het woord*” kan het niet anders dan dat partijen hebben bedoeld dat gedaagde ook deze mailbox met inhoud en eventuele verdere gegevens van eiseres moest afstaan. Gedaagde heeft die e-mails en eventuele verdere gegevens dus ten onrechte van de laptop gehaald voordat zij

die inleverde bij eiseres. Dat betekent dat gedaagde de back-up met gegevens van eiseres en de daaraan gelieerde vennootschappen moet afgeven. Uitgangspunt is dat gedaagde geen recht heeft om een kopie van die back-up te houden. Zij is geen werknemer meer en het gaat met name om een zakelijk e-mailadres dat zij als werkneemster beheerde en eventuele verdere gegevens van eiseres die zij als werkneemster had. Voor de documenten die gedaagde al heeft gedeeld in de procedure wordt een uitzondering gemaakt. Daarvan mag gedaagde in ieder geval een kopie hebben. Tussen gedaagde en eiseres speelt nog een andere rechtszaak waarin gedaagde medische gegevens van eiseres heeft overgelegd. Eiseres heeft zelf privacygevoelige (medische) informatie in het openbaar gedeeld en heeft daarover verteld in interviews in de media. Bovendien geldt voor de medische informatie van eiseres dat gedaagde die gegevens destijds als vriendin heeft gekregen van derden. Deze vordering zal worden afgewezen. De vordering tot teruggave van privéfoto's en -video's is onvoldoende onderbouwd en zal daarom worden afgewezen. De vordering tot het verbeuren van een dwangsom per overtreding wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:2180

Zaaknummer: C/16/554371 / KG ZA 23-153

Rechters: A.A.T. van Rens

Advocaten: B.E.J.M. Tomlow, R.P. de Vries en mr. J.J.A.M. de Haas

Wetsartikelen: 7:670b BW

RECHTSPRAAK

Loon over oktober 2022 is te laat betaald waardoor werknemer aanspraak heeft op de wettelijke verhoging over de maand oktober 2022. Werkgeefster dient de wettelijke verhoging over het loon van oktober en november 2022 te specificeren.

Feiten

Werknemer is in dienst bij LWC Group B.V. (hierna: LWC). Het loon van oktober 2022 is op 17 november 2022 door werknemer ontvangen. Het loon van november 2022 en de wettelijke verhoging is op 14 april 2023 door werknemer ontvangen. De betalingen zijn na sommatie ontvangen. Werknemer vordert LWC te veroordelen tot betaling van de wettelijke verhoging over het loon van oktober 2022 van € 287,44 bruto en de buitengerechtelijke incassokosten van € 258,70, vermeerderd met rente, tot het overleggen van een specificatie van de wettelijke verhoging over het loon van oktober 2022 en november 2022 en tot betaling van de proceskosten. LWC heeft het loon van oktober 2022 en november 2022 te laat uitbetaald. Werknemer maakt aanspraak op de wettelijke verhoging over het loon van oktober 2022. LWC dient de wettelijke verhogingen over het loon van oktober en november 2022 te specificeren. Aangezien werknemer LWC heeft gesommeerd tot betaling, dient LWC ook buitengerechtelijke incassokosten vergoeden.

Oordeel

Werknemer heeft ter zitting toegelicht dat hij zonder de loonbetaling zijn vaste lasten niet kan voldoen. Hij heeft daarmee naar oordeel van de voorzieningenrechter voldoende onderbouwd een spoedeisend belang bij zijn vordering te hebben. Het loon voor de maand oktober 2022 is te laat betaald. Voor de aanspraak van werknemer op betaling van de wettelijke verhoging over het loon van oktober 2022 is voldoende aannemelijk dat die vordering in een bodemprocedure zal worden toegewezen. Het is ook voldoende aannemelijk dat de vordering tot het verstrekken van een specificatie aan werknemer van de wettelijke verhogingen over het loon van oktober 2022 en november 2022 in een bodemprocedure zal worden toegewezen, nu een werkgever op grond van de wet verplicht is bij elke voldoening van het in geld vastgestelde loon een opgave te verstrekken. Daarnaast is ook voldoende aannemelijk geworden dat de

vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten zal worden toegewezen in een bodemprocedure, aangezien meerdere buitengerechtelijke handelingen zijn verricht. Nu de vorderingen de voorzieningenrechter niet onrechtmatig of ongegrond voorkomen, werknemer een spoedeisend belang bij de vorderingen heeft en voldoende aannemelijk is dat de vorderingen in een bodemprocedure zullen worden toegewezen, zullen deze vorderingen bij wijze van voorziening in kort geding worden toegewezen. De gevorderde wettelijke rente is – als onweersproken – toewijsbaar. LWC wordt veroordeeld in de proceskosten.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 28-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:3040

Zaaknummer: 10378483 VV EXPL 23-19

Rechters: mr. Thielen

Wetsartikelen: 7:623 BW

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek van de Staat wegens het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst afgewezen omdat de Staat niet voldoende aan zijn herplaatsingsverplichtingen heeft voldaan. Re-integratieverplichtingen van de Staat lopen parallel aan herplaatsingsverplichtingen.

Feiten

Werknemer is per 19 maart 1986 in dienst getreden van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (hierna: BZ). Werknemers heeft diverse functies voor BZ vervuld. Op 9 maart 2022 heeft werknemer zich ziek gemeld. Na 19 maart 2022 heeft werknemer geen werkzaamheden meer verricht. De Staat heeft verzocht de arbeidsovereenkomst tussen de Staat en werknemer te ontbinden. Volgens de Staat is de arbeidsovereenkomst van werknemer inhoudsloos geworden, zodat van de Staat in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Werknemer heeft in de afgelopen jaren geen reguliere functie bij BZ meer gehad, terwijl BZ het nodige in het werk heeft gesteld om werknemer naar een geschikte functie te begeleiden. Na vier jaren tevergeefse pogingen vindt de Staat dat niet langer van hem kan worden gevergd werknemer in dienst te houden. Volgens werknemer dient het verzoek te worden afgewezen en, zo niet, zou hem dan, naast de transitievergoeding een billijke vergoeding van € 617.572,68 plus (volledige) advocatenkosten moeten toekomen. Werknemer stelt dat hij arbeidsongeschikt is, waardoor het ontslagverbod tijdens ziekte aan de orde is. Daarnaast stelt hij dat de Staat onvoldoende aan zijn herplaatsings- en re-integratieverplichtingen heeft voldaan.

Oordeel

Uit een rapportage van de bedrijfsarts blijkt dat werknemer arbeidsongeschikt is wegens medische beperkingen en dat werknemer stress heeft als gevolg van een 'traject over de toekomst'. De stress kan volgens de bedrijfsarts afnemen als er een oplossing is tussen werkgever en werknemer. Zolang werknemer nog bij de Staat in dienst is, heeft de Staat als werkgever de verplichting om alles in het werk te stellen om werknemer arbeid te laten verrichten en om werknemer vanuit zijn situatie van arbeidsongeschiktheid weer te re-

integreren zodat hij weer volwaardig kan meedoen in het arbeidsproces. Omdat werknemer thans in een situatie zit dat hij geen (vaste) functie heeft, lopen de re-integratieverplichtingen van de Staat in dit geval parallel aan de herplaatsingsverplichtingen. Van een werkgever mag worden verwacht dat deze binnen redelijke marges actief op zoek gaat naar een andere passende functie. Niet is gebleken dat de Staat in dit geval een actieve rol heeft genomen. De rol van de Staat is beperkt gebleven tot het wijzen op en het bespreken van mogelijke vacante functies. Zeker van de Staat mag worden verwacht dat actief wordt gezocht naar een passende functie nu de Staat een breed scala aan verschillende functies in verschillende functiegroepen heeft. De kantonrechter ziet niet dat niet alsnog of wederom voor werknemer een passende functie zou kunnen worden gevonden, ergens binnen de rijksoverheid. Een en ander is uiteraard nog klemmender, omdat het ook in het belang van werknemer is dat hij vanuit zijn arbeidsongeschiktheid op enigerlei wijze kan re-integreren in een passende functie, zodat hij aldus de resterende jaren tot zijn pensioen kan blijven werken. De kantonrechter is van oordeel dat de Staat onvoldoende zijn herplaatsingsverplichtingen en daarmee ook zijn re-integratieverplichtingen jegens werknemer is nagekomen. De arbeidsovereenkomst kan niet worden ontbonden en het verzoek daartoe wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 23-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:15912

Zaaknummer: 10142214 RP VERZ 22-50476

Rechters: C.W.D. Bom

Advocaten: mr. I. Meijer en M. Breur

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub h BW en 7:763 lid 7 onder c BW

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek werknemer na ruim twee jaar ziekte toegewezen. In dat geval geen transitievergoeding. Gelegenheid tot intrekken verzoek. Verklaring voor recht dat sprake is van opvolgend werkgeverschap. Het ‘zodanig banden-criterium’ van voor 1 juli 2015.

Feiten

Werknemer is op 30 augustus 1999 als timmerman in dienst getreden bij Stichting Bouwmensen Zaanstreek Waterland. Van 23 juni 2003 tot en met 31 december 2005 is hij bij [bedrijf] B.V. als timmerman in dienst geweest. Dit bedrijf is op 1 januari 2006 gefuseerd met Beijer Bouw B.V. als gevolg waarvan Agere Bouw B.V. is ontstaan. Werknemer is in dienst getreden bij Agere Bouw B.V. in de functie van timmerman. Op 9 juni 2009 is Agere Bouw B.V. failliet verklaard. Vervolgens is hij op 21 september 2009 in dienst getreden bij Onderhoud & Renovatie B.V. als timmerman 1. Wegens een overgang van onderneming is hij per 29 december 2014 in dienst gekomen bij werkgeefster als timmerman 1, tegen een salaris thans van € 4.371,02 per maand inclusief vakantie- en prestatietoeslag. Werknemer is sinds 6 mei 2020 arbeidsongeschikt en ontvangt per 12 mei 2022 een WGA-uitkering wegens 100% arbeidsongeschiktheid. Medio april 2022 heeft werkgeefster een vaststellingsovereenkomst aan werknemer gestuurd met als doel de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid te beëindigen, waarbij een transitievergoeding was berekend op basis van een datum indienstreding van 21 september 2009. Op 5 mei 2022 heeft de gemachtigde van werknemer laten weten niet akkoord te gaan met de vaststellingsovereenkomst, omdat volgens werknemer sprake is van opvolgend werkgeverschap, zodat voor de berekening van de transitievergoeding als datum indienstreding 30 augustus 1999 heeft te gelden. De gemachtigde werknemer heeft vervolgens contact opgenomen met het UWV om informatie in te winnen over de hoogte (van de compensatie) van de transitievergoeding. Het UWV heeft aangegeven dat vaak wordt uitgegaan van de datum indienstreding die vermeld staat op de loonstrook, in dit geval 21 september 2009. Het UWV heeft aangegeven dat, op het moment dat er een gerechtelijke uitspraak ligt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap, de kans groot is dat met die uitspraak het UWV tot dezelfde conclusie komt en de compensatie van de transitievergoeding op die basis zal toekennen. Werknemer verzoekt de arbeidsovereenkomst

met werkgeefster te ontbinden onder toekenning van een transitievergoeding, waarbij de transitievergoeding wordt berekend vanaf een datum van indiensttreding van 30 augustus 1999 omdat sprake is geweest van opvolgend werkgeverschap. Subsidiair verzoekt hij een schadevergoeding. Volgens werkgeefster is er geen sprake van opvolgend werkgeverschap tussen Agere Bouw B.V. en (de rechtsopvolger van) werkgeefster.

Oordeel

Werknemer verzoekt voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden om toekenning van de wettelijke transitievergoeding. Voor toekenning van de transitievergoeding bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer is vereist dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De door werknemer aangevoerde feiten en omstandigheden, zoals het geen gehoor geven aan zijn verzoek om vakantiedagen uit te betalen en het maandenlang in het ongewisse houden van werknemer over de verdere afwikkeling van zijn ontslag vanwege de onduidelijkheid over de berekening van de uit te keren transitievergoeding, leveren naar het oordeel van de kantonrechter geen ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van werkgeefster op. Ook de subsidiair verzochte schadevergoeding, ter hoogte van het bedrag van de wettelijke transitievergoeding, wordt afgewezen. In de specifieke omstandigheden van deze zaak, met name de discussie tussen partijen over het opvolgend werkgeverschap, het daarover ingenomen (voorlopige) standpunt van het UWV en de onzekerheid over de (hoogte van) de wettelijke transitievergoeding, kon van werkgeefster (nog) niet gevergd worden in te stemmen met een verzoek om het dienstverband te beëindigen tegen betaling van een vergoeding ter hoogte van de verzochte transitievergoeding. De kantonrechter begrijpt het verzoek van werknemer zo, en dat is ter zitting door hem bevestigd, dat hij alleen wil dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden indien aan hem de transitievergoeding wordt toegekend. Werknemer heeft daarom verzocht in de gelegenheid te worden gesteld zijn ontbindingsverzoek in te trekken. Met het oog op de vraag welke aanvangsdatum van het dienstverband van werknemer bij de berekening van de transitievergoeding moet worden gehanteerd, 30 augustus 1999 of 21 september 2009, oordeelt de kantonrechter als volgt. In de wet is bepaald dat voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, worden samengeteld. Vóór 1 juli 2015 gold ten aanzien van de beoordeling of sprake was van een opvolgend werkgever (onder meer) het 'zodanige banden-criterium'. Dit criterium is met inwerkingtreding van de WWZ op 1 juli 2015 komen te vervallen, maar de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de vraag van opvolgend werkgeverschap in geval van indiensttreding vóór 1 juli 2015 moet worden beantwoord aan de hand van het oude recht. Dat betekent dat er pas sprake kan zijn van opvolgend

werkgeverschap als er tussen de voorgaande werkgevers zodanige banden bestonden dat gezegd kan worden dat het inzicht in de hoedanigheid en het functioneren van de werknemer kan worden toegerekend aan de opvolgende werkgever. Naar het oordeel van de kantonrechter is daaraan in dit geval voldaan. De door werknemer verzochte verklaring voor recht dat sprake is van opvolgend werkgeverschap en dat 30 augustus 1999 geldt als datum van indiensttreding bij werkgeefster wordt toegewezen. Tevens wordt voor recht verklaard dat werknemer aanspraak kan maken op 40 vakantiedagen en compensatie van gemaakte reiskosten.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:3772

Zaaknummer: 10234524 AO VERZ 22-30

Rechters: M. Woerdman

Advocaten: M.J.J. Arts- van den Broek en P.M. Stoop

Wetsartikelen: 7:637 BW; 7:669 BW; 7:671a BW, 7:671c BW; 7:673 BW; 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Geen ernstig verwijtbaar handelen werknemer. Geen verstoorde arbeidsrelatie. Geen deugdelijk objectief en onafhankelijk feitenonderzoek naar grensoverschrijdend gedrag.

Feiten

Werknemer is met ingang van 4 januari 2022 voor onbepaalde tijd bij werkgeefster in dienst getreden in de functie van Director, Enterprise/Regional Sales. In die functie geeft hij leiding aan het nieuw opgezette Benelux-verkoopteam. In de arbeidsovereenkomst tussen partijen is het 'Global Associate Handbook' van toepassing verklaard met daarin voorschriften met betrekking tot onder meer 'Appropriate Workplace Behavior', 'Discrimination and Harassment' en over 'Workplace Violence and Bullying Policy'. Werkgeefster is in november 2022 benaderd door twee medewerkers met een melding over het gedrag van werknemer jegens een van zijn ondergeschikten, welke melding ook is gedaan bij de klachtenfunctionaris, tevens Senior Manager Employee Relations. De Legal Department van werkgeefster heeft naar aanleiding van deze melding, mondeling de opdracht gegeven om de klachtenfunctionaris een onderzoek naar de feiten te laten verrichten. Er vinden interviews plaats en werknemer is via teams geconfronteerd met de melding en de gehouden interviews. Het onderzoek is volledig op afstand uitgevoerd. Werknemer wordt op non-actief gesteld en hem wordt de vraag voorgelegd of hij bereid is een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Eind december 2022 wordt een ontbindingsverzoek ingediend. Werkgeefster verzoekt ontbinding op de e- en g-grond wegens meldingen over ongepast, onbehoorlijk en grensoverschrijdend gedrag, onder meer bestaande uit het vernederen van (aan hem ondergeschikte) medewerkers, het uitschelden van zijn ondergeschikten, het zaaien van een angstcultuur, discriminatie, het veroorzaken van een onveilige werksituatie en het niet respecteren van het recht van medewerkers op hun privéleven. Werknemer stelt dat de verwijten die hem worden gemaakt met betrekking tot zijn manier van leidinggeven en communiceren ten onrechte zijn vastgesteld door werkgeefster en hij betwist tevens dat sprake is geweest van een grondig, zorgvuldig en onafhankelijk onderzoek.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond op voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens zodanig verwijtbaar handelen door werknemer dat van werkgeefster in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De kantonrechter stelt voorop dat werkgeefster, nadat zij de melding had ontvangen deze terecht serieus heeft genomen en daaraan opvolging heeft gegeven. Werkgeefster had vervolgens eerst het gesprek met werknemer dienen aan te gaan over de meldingen en op basis van de uitkomst van dat gesprek had zij kunnen besluiten nader onderzoek te doen. In de plaats daarvan is zij al met het onderzoek begonnen voordat zij werknemer de kans heeft gegeven zijn kant van het verhaal te doen. Werkgeefster heeft gekozen voor het verrichten van een intern onderzoek, in de plaats van een extern onderzoeksbureau in te schakelen. Dit hoeft geen probleem te zijn, zolang het interne onderzoek plaatsvindt met inachtneming van de benodigde zorgvuldigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Op grond van de feiten en omstandigheden oordeelt de kantonrechter dat er geen deugdelijk feitenonderzoek heeft plaatsgevonden door middel van een zorgvuldig onderzoek naar aanleiding van de meldingen over werknemer, zodat hem geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten kan worden verweten. De melding is door de Legal Department gedaan aan de klachtenfunctionaris, in casu een medewerker van werkgeefster. De klachtenfunctionaris is vervolgens ook degene geweest die het onderzoek is gestart, een probleemstelling en onderzoeksvragen heeft opgesteld, onderzoeker is geweest van de feiten, gesprekken heeft gevoerd met werknemers en de gespreksverslagen heeft opgesteld, conclusies heeft getrokken en te ondernemen acties heeft voorgesteld, zoals vastgelegd in de onderzoeksrapportage. Omdat het hele proces door een en dezelfde medewerker heeft plaatsgevonden heeft er geen controle plaatsgevonden van onder meer de vraagstelling, het opstellen van de gespreksverslagen en de bevindingen van de klachtenfunctionaris. Ten aanzien de door werkgeefster gestelde verstoorde arbeidsverhouding oordeelt de kantonrechter dat zonder nadere inspanningen om te komen tot normalisatie van de arbeidsverhoudingen een oordeel dat sprake is van een duurzaam verstoorte arbeidsverhouding, zodanig dat enkel ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog in de rede ligt, te prematuur is. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de overige verzoeken worden afgewezen. Het tegenverzoek tot wedertewerkstelling wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:2167

Zaaknummer: 10292452

Rechters: J.A.M. van den Berk

Advocaten: W.D. Kootstra en P. de Boer

Wetsartikelen: 7:611 BW; 7:669 BW, 7:670 BW; 7:671 BW, 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging ontslag op staande voet. Geen sprake van seksueel grensoverschrijdend gedrag en dus ook niet van dringende reden. Voorwaardelijk ontbindingsverzoek op de e-grond ook afgewezen.

Feiten

Werknemer werkt sinds 12 november 2020 bij werkgeefster als inpakker, thans op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Op 18 januari 2023 is hij op staande voet ontslagen, omdat er volgens werkgeefster sprake was van seksueel grensoverschrijdend gedrag. Werknemer vindt het ontslag onterecht en verzoekt daarom in deze procedure primair om het ontslag te vernietigen, werkgeefster te verplichten om hem weer toe te laten tot het werk en zijn loon vanaf het ontslag alsnog te betalen, met de wettelijke verhoging. Subsidiair verzoekt hij werkgeefster te veroordelen om aan hem te betalen een billijke vergoeding, de gefixeerde schadevergoeding, de transitievergoeding en de opgebouwde vakantietoelage. Verder verzoekt hij dat werkgeefster (als voorlopige voorziening) wordt veroordeeld om gedurende deze procedure zijn loon door te betalen en hem te werk te stellen. Werkgeefster meent dat het ontslag terecht is en dat de verzoeken van werknemer moeten worden afgewezen. Voor het geval de kantonrechter oordeelt dat het ontslag niet rechtsgeldig is, verzoekt werkgeefster om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens verwijtbaar handelen (de e-grond), zonder dat werknemer recht heeft op een vergoeding.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, omdat er geen sprake is van een dringende reden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Tijdens de zitting heeft werkgeefster toegelicht dat er zich drie voorvallen hebben voorgedaan tussen werknemer en vrouwelijke collega's. Het betreft (a) een lichamelijk contact tijdens een bedrijfsuitje, (b) een opmerking tegen een vrouwelijke collega rond 17 december 2022 en (c) een incident op 12 januari 2023, waarbij werknemer met zijn hand een beweging heeft gemaakt richting de heup/het middel van een vrouwelijke collega. Het laatste geval, in het licht van de twee eerdere voorvallen, vormt de reden voor het ontslag op staande voet. De kantonrechter oordeelt dat het lichamelijk contact (aaien van de hand) door werknemer niet

als onderbouwing voor het ontslag kan gelden en dat de opmerking voor een uitnodiging van werknemer jegens een vrouwelijke collega - in de context bezien - wel door de beugel kan omdat deze geen seksuele lading heeft en slechts een algemene uitnodiging betreft. Ten aanzien van het derde incident oordeelt de kantonrechter dat werkgeefster onvoldoende heeft onderbouwd dat de beweging in het luchtledige op 12 januari 2023 moet worden aangeduid als seksueel grensoverschrijdend gedrag. De kantonrechter oordeelt voorts dat er ook geen aanleiding is om de arbeidsovereenkomst alsnog te ontbinden wegens verwijtbaar handelen van werknemer. De drie voorvallen samengenomen met de andere notities uit het personeelsdossier kunnen niet leiden tot de conclusie dat werknemer zo verwijtbaar heeft gehandeld dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het ontslag op staande voet wordt vernietigd en werkgeefster wordt veroordeeld om werknemer weer tot het werk toe te laten.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:4071

Zaaknummer: 10329145 VZ VERZ 23-1426

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: G.L. Gijsberts en L. Wevers

Wetsartikelen: 6:119 BW, 7:625 BW, 7:671b BW, 7:677 BW, 7:681 BW; 288 Rv

RECHTSPRAAK

Vordering tot betaling achterstallig loon wordt ook in hoger beroep toegewezen maar gesplitst over werkgever en opvolgend werkgever. Werkgever heeft geen deugdelijk registratiesysteem voor arbeids- en rusttijden.

Feiten

Werknemer vordert na einde van de arbeidsovereenkomst loon over een groot aantal volgens hem gewerkte maar onbetaald gebleven uren. Werkgever betwist dat het gestelde aantal uren juist is. De kantonrechter heeft de vordering van werknemer toegewezen. Werkgever is in hoger beroep gekomen en wil dat het hof de vorderingen van werknemer alsnog afwijst en vordert terugbetaling van hetgeen hij al heeft betaald naar aanleiding van het vonnis.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt. Werkgever heeft aangevoerd dat het aantal uren dat werknemer werkte variabel was en via de loonstroken correct werd verantwoord. Voor de bepaling van het aantal gewerkte uren moet worden uitgegaan van de urenadministratie die werkgever heeft bijgehouden. Werkgever weet hoeveel uren er gemoeid zijn met bepaalde werkzaamheden (zoals broodbakken). Hij geeft die uren door aan de boekhouder en geeft ook door welk tarief (normaal, nacht, weekendtarief) gehanteerd moet worden. De gewerkte uren zijn dus op een behoorlijke wijze bijgehouden en gespecificeerd. In het door werknemer zelf opgestelde werkrooster is onvoldoende rekening gehouden met pauzes, ziekte en vakantie. Ook is het niet realistisch dat werknemer zo'n 112 uur per maand boven het verloonde aantal uren zou hebben gewerkt. Werknemer heeft aangevoerd dat ingevolge artikel 4:3 Arbeidstijdenwet op werkgever de plicht rust om een deugdelijke registratie van arbeids- en rusttijden te voeren. De door werkgever in hoger beroep overgelegde maandelijkse urenstaatjes zijn gebaseerd op een schatting van de gewerkte uren. Van een deugdelijke urenadministratie is geen sprake. Evenmin werden de uren voor akkoord ondertekend. Daarom moet worden uitgegaan van de door werknemer tijdens het dienstverband in overleg met werkgever opgestelde en aan hem toegezonden werkroosters. De vordering tot betaling van achterstallig loon wordt ook in hoger beroep toegewezen, maar gesplitst over werkgever en opvolgend werkgever.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2023:830

Zaaknummer: 200.296.332/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, F.J. Verbeek en R.J.F. Thiessen

Advocaten: E.W. Heespelink en N. Çiçek

Wetsartikelen: 4:3 Arbeidstijdenwet

RECHTSPRAAK

Werkneemster zegt haar arbeidsovereenkomst op vanwege de overgang van de onderneming. Werkgeefster heeft een gelijkwaardige functie aangeboden. De overgang heeft daarom niet geleid tot een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden.

Feiten

Werkneemster is op 1 september 2008 in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster van) Optios B.V. (hierna: Optios). Optios en Inverzo B.V. (hierna: Inverzo) waren dochtervennootschappen van Paradigma groep B.V. (Paradigma). Optios was actief op het gebied van spoor 2-re-integratie. Inverzo was actief op het gebied van arbeidsdeskundige onderzoeken. In 2021 heeft Paradigma de aandelen van Oxhill7 B.V., een concurrent van Optios en Inverzo, overgenomen. Zij heeft het plan opgevat om een samenwerking te ontwikkelen voor Optios, Inverzo en Oxhill7. Vanaf oktober 2021 hebben werkneemster en diverse medewerkers van Inverzo en Oxhill7 overleg gevoerd over de wijze waarop de samenwerking zou worden vormgegeven. Paradigma heeft uiteindelijk besloten om Optios, Inverzo en Oxhill7 samen te voegen en per 1 januari 2023 verder te laten gaan onder één label met de voorlopige naam NewCo. Aan werkneemster is een aantal nieuwe functies binnen NewCo en Paradigma aangeboden. Er is geen overeenstemming bereikt over een nieuwe functie voor werkneemster. Bij e-mail van 30 november 2022 heeft werkneemster bericht dat, voor zover de arbeidsovereenkomst niet reeds per 1 januari 2023 zou eindigen vanwege de aanstaande overgang van de onderneming, zij de arbeidsovereenkomst niet wilde voortzetten met de verkrijger, waardoor het dienstverband zou eindigen per 1 januari 2023. Op 1 januari 2023 zijn (onder andere) Optios, Inverzo en Oxhill7 gefuseerd, waarbij Oxhill7 de verkrijgende vennootschap was. Oxhill7 heeft vervolgens haar statutaire naam gewijzigd in Puls. Werkneemster verzoekt een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn verbroken door toedoen van Optios.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Puls is de rechtsopvolgster van Optios. Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van een overgang van onderneming. Het Hof van Justitie EU heeft

geoordeeld dat wanneer het eventueel volstrekt niet mogelijk is om bij een overgang een werknemer in de door de verkrijger ingevoerde organisatorische structuur een functie aan te bieden die gelijkwaardig is aan die welke hij bij de vervreemder vervulde, en deze situatie leidt tot een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer, zij eveneens moet worden gelijkgesteld met een verbreking van de arbeidsovereenkomst door toedoen van de werkgever. Partijen twisten over de vraag of Optios aan werkneemster een gelijkwaardige functie heeft aangeboden. Naar het oordeel van de kantonrechter houdt een gelijkwaardige functie in een functie van gelijke waarde. Dat hoeft geen gelijke/identieke functie te zijn, maar het moet gaan om een aangeboden functie die aansluit bij de vervallen functie wat betreft niveau, bevoegdheden en voorwaarden. Uit hetgeen partijen op de mondelinge behandeling hebben verklaard, volgt dat zij verschillende visies hadden over de invulling van de functie betreffende de loopbaancoaching. Het stond Optios vrij om die functie daarom toch niet aan werkneemster te gunnen op de manier zoals werkneemster deze voor ogen had, namelijk als eigen label. Gaandeweg was het duidelijk dat men bij de samenwerking tussen de verschillende bedrijven maar één label wilde hanteren. Deze keuzevrijheid komt een werkgever toe. Dat Optios daarbij verkeerd heeft gehandeld, is niet gebleken. De kantonrechter oordeelt dat Optios een gelijkwaardige functie heeft aangeboden aan werkneemster en dat werkneemster die functie heeft geweigerd. De verzochte verklaring voor recht en de betaling van de transitievergoeding worden daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 04-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:3043

Zaaknummer: 10262562 AZ VERZ 23-1 (E)

Rechters: mr. Thielen

Advocaten: M.A.M. Lem en J.R.N. Klazinga

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

Luchtvaartmaatschappij KLM is aansprakelijk voor 50 procent van de schade die twee piloten leden in een fiscaal geschil.

Feiten

Werknemer 1 en 2 werken respectievelijk sinds 1 augustus 1990 en 1 maart 1991 bij KLM als verkeersvlieger. Per 1 juli 2016 is werknemer 2 wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd uit dienst getreden. Beide werknemers hebben de Zwitserse nationaliteit. KLM hield geen loonbelasting in op het salaris van werknemers. Met ingang van 1 januari 2012 is het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland gewijzigd (hierna: de verdragswijziging). De Belastingdienst stelt dat werknemers 1 en 2 als gevolg van de verdragswijziging vanaf 2012 inkomstenbelasting verschuldigd zijn. KLM heeft in de jaren 2012 tot en met 2017 geen loonbelasting ingehouden op het salaris van werknemer 1 en 2. Met ingang van 1 januari 2018 houdt KLM loonbelasting in op het salaris van werknemer 1. In 2017 en 2018 heeft de Belastingdienst werknemer 1 en 2 aanslagen en navorderingsaanslagen inkomstenbelasting/sociale premies over 2012 t/m 2015 opgelegd, en aanslagen aangekondigd over 2016 (werknemer 1 en 2) en 2017 (werknemer 1). Werknemer 1 en 2 hebben bezwaar gemaakt tegen de aanslagen. De invorderingsprocedure is geschorst hangende de beslissing op het bezwaar. Werknemers vorderen met terugwerkende kracht het nettoloon dat gelijk is aan het brutoloon en de navorderingsaanslagen.

Oordeel

Werknemers beroepen zich er primair op dat een bruto = netto-loonafpraak met KLM is overeengekomen. Kern van die afspraak zou zijn dat KLM de inkomstenbelasting van werknemers zou vergoeden, mocht deze in Nederland verschuldigd zijn of in de toekomst verschuldigd worden. Dit wordt door KLM terecht betwist. Werknemers hebben onvoldoende met feiten en omstandigheden onderbouwd dat KLM - al dan niet stilzwijgend - heeft ingestemd met een dergelijk vergaande en uitzonderlijke verplichting. De conclusie is dat een loonafpraak zoals door werknemers gesteld niet tot stand is gekomen. KLM heeft erkend dat zij vanaf 2012 niet aan haar inhoudingsplicht jegens de Belastingdienst heeft voldaan en heeft verzuimd loonbelasting op het salaris van werknemers in te houden. Dit brengt echter niet

mee dat werknemers de navorderingsaanslagen van de Belastingdienst zonder meer kunnen 'doorschuiven' naar KLM. De loonbelasting is – als voorheffing op de inkomstenbelasting – een schuld van de werknemer aan de Belastingdienst (ECLI:NL:HR:2011:BN6299). De fiscale inhoudingsplicht van werkgevers dient het belang van de Belastingdienst, niet van de werknemer. Dit uitgangspunt staat er echter niet aan in de weg dat KLM jegens werknemers een zelfstandige zorgplicht had hen te waarschuwen voor de verdragswijziging. KLM is een grote, professionele werkgever met een eigen fiscale afdeling en vele in het buitenland wonende werknemers. KLM had kunnen weten dat de (financiële) gevolgen voor werknemers groot konden zijn. KLM wist, althans had in redelijkheid moeten begrijpen, dat het gunstige fiscale klimaat voor werknemers een belangrijke reden was om bij KLM in dienst te treden en in dienst te blijven. Voor zover KLM heeft betoogd dat zij pas in 2017 wist van de verdragswijziging in 2012, en dus werknemers niet tijdig kón waarschuwen, gaat dit betoog niet op. Voldoende aannemelijk is dat KLM wél wist van de verdragswijziging, maar de gevolgen daarvan anders heeft geïnterpreteerd. Werknemers hebben schade geleden, mede omdat KLM haar waarschuwingsplicht jegens hen niet is nagekomen. Zij hebben mede als gevolg daarvan geen maatregelen kunnen treffen teneinde te anticiperen op de ontstane belastingplicht in Nederland. KLM wordt medeverantwoordelijk worden gehouden voor de ontstane schade door de – ongewilde – schending van de fiscale regels gedurende een aanzienlijk aantal jaren. Gelet op het feit dat werknemers als belastingplichtigen zelf verantwoordelijkheid dragen voor tijdige betaling wordt de aansprakelijkheid van KLM ex aequo et bono vastgesteld op 50%.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:7613

Zaaknummer: 7662655 CV EXPL 19-7835

Rechters: M.W. van der Veen

Advocaten: E. Hennis, P.G. Vestering en J.S. Hidajat-Engelsman

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Een coffeeshop is een billijke vergoeding aan werknemer verschuldigd. Een goed werkgever draagt aan een werknemer immers geen werkzaamheden op als die werknemer door de werkzaamheden uit te voeren een strafbaar feit pleegt.

Feiten

Werkgever exploiteert een coffeeshop. Werknemer is op 1 januari 2016 in dienst getreden bij werkgever. Werknemer verzorgde samen met X de logistieke werkzaamheden voor werkgever. Hij verrichtte de werkzaamheden in de woning van X. Op 11 augustus 2021 heeft de politie een inval gedaan in de woning van X. In de woning is een meer dan toegestane hoeveelheid softdrugs aangetroffen. De woning is als gevolg daarvan voor de duur van drie maanden gesloten. Hierdoor was de werklocatie van werknemer gesloten. De werkzaamheden van werknemer zijn gedurende de sluiting van de woning op een nieuwe locatie voortgezet. De werknemer heeft in de tussentijd in de joint-fabriek van werkgever, die zich boven de coffeeshop bevindt, gewerkt. Op 3 november 2021 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden, waarin werkgever het personeel op de hoogte heeft gebracht van de aankomende sluiting van de coffeeshop voor de duur van in ieder geval negen maanden als gevolg van een sanctie door de burgemeester. Werkgever heeft de medewerkers een keuze aangeboden: in dienst blijven of een vaststellingsovereenkomst. Op 10 november 2021 heeft werknemer aangegeven dat hij beëindigingsovereenkomst aan zal gaan. Werkgever heeft op 10 januari 2022 een ontslagaanvraag bij het UWV ingediend, waarna werknemer op 12 januari 2022 is medegedeeld dat de productieafdeling wordt gesloten en de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Werknemer heeft zich op 14 januari 2022 ziek gemeld. Het UWV heeft op 7 maart 2022 toestemming gegeven voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst. De verzekeringsarts van het UWV heeft geoordeeld dat er per 14 januari 2022 sprake is van arbeidsongeschiktheid en dat er onvoldoende grond is om de eerste dag van arbeidsongeschiktheid te verleggen naar 18 november 2021. Werknemer heeft in eerste aanleg verzocht om het toekennen van een billijke vergoeding. De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Werknemer bestrijdt het oordeel van de kantonrechter dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet in strijd is met artikel 7:669 lid 3 onder a BW en dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van werkgever, zodat toekenning van een billijke vergoeding niet aan de orde is. Werkgever heeft onvoldoende onderbouwd dat binnen zijn organisatie geen productie- en logistieke activiteiten meer plaatsvonden. Dat is niet komen vast te staan. Hierdoor is ook niet komen vast te staan dat de functie van werknemer is komen te vervallen. De opzegging van de arbeidsovereenkomst is daarom in strijd met artikel 7:669 lid 3 sub a BW. Aan werknemer wordt dan ook een billijke vergoeding toegekend. Een goed werkgever draagt aan een werknemer geen werkzaamheden op als die werknemer door de werkzaamheden uit te voeren een strafbaar feit pleegt. De werkgever die dat wel doet, handelt ernstig verwijtbaar. Tussen partijen is niet in geschil dat vanaf de door de burgemeester opgelegde sanctie bekend was dat de werkzaamheden die werknemer voor de sluiting verrichtte, in elk geval deels illegaal waren en dat werknemer geen illegale activiteiten wilde verrichten. Herstel van de arbeidsovereenkomst zou, nu niet is komen vast te staan dat de functie van werknemer en de daarbij behorende illegale werkzaamheden zijn komen te vervallen, tot gevolg (kunnen) hebben dat zij opnieuw de bij wet verboden gedragingen zou moeten gaan verrichten, met alle risico's van dien. Dat kan niet van werknemer worden gevergd. Werkgever had dan ook in overleg met werknemer moeten zoeken naar een invulling van de arbeidsovereenkomst waarbij werknemer gevrijwaard zou blijven van het plegen van strafbare feiten. Dat werkgever dat heeft gedaan is niet gesteld of anderszins gebleken. Aldus is herstel van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever. Het hof kent aan werknemer een billijke vergoeding ter hoogte van € 12.500 toe.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1524

Zaaknummer: 200.319.479_01

Rechters: M. van der Schoor, J.I.M.W. Bartelds en A.L. Bervoets

Advocaten: R.M.M. Menting en R.H. Stam

Wetsartikelen: 7:682 BW

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek werkgever met arbeidsongeschikte werknemer wordt afgewezen. Niet is vast komen te staan dat zich een uitzonderingssituatie voordoet waardoor het opzegverbod tijdens ziekte moet worden doorbroken.

Feiten

Werkneemster is op 1 juli 2019 in dienst getreden van Koninklijke Smals N.V. (hierna: Smals) in de functie van HR-Business Partner. Het laatstverdiende brutomaandsalaris van werkneemster bedraagt € 6.248,00 exclusief 8% vakantietoeslag en overige emolumenten. Op 25 januari 2022 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Op 29 juni, 20 oktober en 5 december 2022 heeft werkneemster gesproken met de bedrijfsarts. Geconstateerd is dat tussen werkneemster en Smals communicatieproblemen bestaan. Op advies van de bedrijfsarts zijn partijen op 16 januari 2023 met een mediationtraject gestart. Op 17 februari 2023 is dat traject zonder resultaat geëindigd. Op 10 maart 2023 is een definitieve rapportage van een arbeidsdeskundig re-integratieonderzoek vastgesteld waarin staat dat een tweedespoortraject dient te worden ingezet. Werkneemster is tot op heden arbeidsongeschikt. Smals verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens (ernstig) verwijtbaar handelen dan wel wegens een verstoorde arbeidsverhouding of vanwege een combinatie van deze redenen. Volgens Smals heeft werkneemster door haar verwijtende en aanvallende handels- en communicatiewijze de arbeidsverhouding steeds verder op scherp gezet en terugkeer naar de werkvloer onmogelijk gemaakt. Gelet op haar functie behoorde zij zich bewust te zijn van haar ontoelaatbare gedrag. Voorts heeft werkneemster vertraging veroorzaakt in het mediationtraject door onbereikbaar te zijn voor de bedrijfsarts en heeft zij zich herhaaldelijk ongepast uitgelaten jegens collega's. Dit kwalificeert als ernstig verwijtbaar handelen, aldus Smals. Werkneemster beroept zich op het opzegverbod tijdens ziekte.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Duidelijk is dat de rode draad in het geschil tussen partijen is dat er gedrags- en communicatieproblemen zijn. Uit de gedingstukken (beoordelingsformulieren, functioneringsgesprekken) volgt dat deze problemen nog niet

bestonden voor ziekmelding van werknemster. Dat die problemen er na ziekmelding wel waren, volgt uit verslagen van de bedrijfsarts. Zo heeft de bedrijfsarts meermaals geadviseerd een goed, open en veilig gesprek te voeren en is geconstateerd dat werknemster sinds haar ziekmelding (aanhoudende) beperkingen op het vlak van sociaal functioneren had. Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende aannemelijk dat deze beperkingen invloed (kunnen) hebben gehad op de manier van communiceren en handelen van werknemster in de periode vanaf haar ziekmelding. In de beoordelingsformulieren die een beeld geven van sociale vaardigheden van werknemster in de periode tot aan ziekmelding, scoort zij namelijk tot tweemaal toe een 8 voor omgang met collega's. Doordat Smals elk onderzoek naar het effect van de geconstateerde beperkingen op het gedrag van werknemster achterwege heeft gelaten, kan niet worden vastgesteld dat de feiten en omstandigheden die aan het ontbindingsverzoek ten grondslag zijn gelegd zich ook zouden hebben voorgedaan als geen sprake was geweest van de beperkingen en dus kan evenmin worden vastgesteld dat hierin (ook) een redelijke grond voor ontbinding zou zijn gelegen wanneer arbeidsongeschiktheid wordt weggedacht. Het beroep op de uitzonderingssituatie van artikel 7:671b lid 6 sub a (ontbinding houdt geen verband met ziekte) slaagt daarom niet. Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 11-05-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2023:2230

Zaaknummer: 10388753_E11052023

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

Advocaten: R.J.C. Brouwer en B. Wattel

Wetsartikelen: 7:670 BW en 7:61b BW

RECHTSPRAAK

Commercieel medewerker buitendienst die een verbod op handhaving van het concurrentiebeding dan wel schorsing daarvan dan wel een voorschot op een vergoeding vordert in kort geding, vangt bot.

Feiten

Werknemer is per 9 september 2019 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van Precision Party Supply B.V. (hierna: PPS) in de functie van commercieel medewerker buitendienst. In de arbeidsovereenkomst zijn een geheimhoudings-, concurrentie-, relatie- en boetebeding opgenomen. Op 20 juli 2022 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst opgezegd. Daarnaar gevraagd heeft werknemer PPS verteld dat hij op 1 september 2022 in dienst treedt bij X, een vennootschap naar Belgisch recht. Bij brief van 24 augustus 2022 heeft PPS de ontvangst van de ontslagbrief van werknemer bevestigd en hem medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst eindigt op 31 augustus 2022. Voorts is aan hem medegedeeld dat indiensttreding bij X schending van zijn bedingen oplevert en dat, mocht op 1 september blijken dat het dienstverband bij X gestalte heeft gekregen, de overeengekomen boete direct opeisbaar wordt en werknemer dan wel X aansprakelijk zal worden gesteld voor alle gevolgschade. X heeft dezelfde mededeling ontvangen. Bij e-mailbericht van X d.d. 2 september 2022 is PPS ervan op de hoogte gesteld dat X en werknemer het dienstverband met wederzijds goedvinden per direct hebben beëindigd op 31 augustus 2022. Werknemer vordert primair PPS te verbieden om hem door handhaving van het concurrentiebeding te belemmeren werkzaamheden te verrichten voor X, subsidiair het concurrentiebeding te schorsen en meer subsidiair een voorschot op een in de bodemprocedure vast te stellen vergoeding.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het concrete spoedeisende belang van werknemer is een antwoord op de vraag of hij op korte termijn al dan niet in dienst kan treden bij X. Toewijzing van de daarop betrekking hebbende vordering blijft achterwege, omdat niet zonder meer aannemelijk is dat de eis in een bodemprocedure wordt toegewezen. Hiertoe is het volgende redengevend. Partijen zijn een geldig concurrentiebeding overeengekomen. Niet valt uit te sluiten dat X en PPS deels dezelfde markt bedienen met concurrerende activiteiten op het

gebied van meet- en regelapparatuur. Van belang is dat niet weersproken is dat X haar klantenbestand in Nederland verder wil laten groeien, waarbij de focus ligt op het gebied waar PPS ook actief is. Ook valt momenteel niet uit te sluiten dat werknemer uit hoofde van zijn functie beschikt over kennis die tot ongeoorloofd concurrentievoordeel zou kunnen leiden als het in de nabije toekomst zou worden gedeeld met X. Nu in kort geding geen ruimte is voor bewijsvoering, bestaat op dit moment geen grond de primaire of subsidiaire vordering toe te wijzen. Dat geldt ook voor het meer subsidiair gevorderde. Naar het zich thans laat aanzien is het niet waarschijnlijk dat de bodemrechter zal oordelen dat sprake is van een situatie waarin het concurrentiebeding werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van PPS werkzaam te zijn. Ook wordt werknemer niet onbillijk benadeeld. Daarbij weegt mee dat het concurrentiebeding betrekking heeft op concurrerende werkzaamheden in Nederland, terwijl werknemer in België woont en X ook klanten in België bedient, waarvoor werknemer zou kunnen worden ingezet. Ook staat het werknemer vrij elders in dienst te treden, wat niet onmogelijk wordt geacht, gelet op zijn commerciële achtergrond en de arbeidsmarktkrapte.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-11-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12136

Zaaknummer: KTN-10108122_03112022

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: B.R.J. Rothuizen en H.E. Meerman

Wetsartikelen: 7:653 BW