

RECHTSPRAAK

werkneemster/Apotheek de Nachtwacht Leiden C.V.

Correcte toepassing afspiegeling, geen herstel. Bij beoordeling van de vraag of de wederindiensttreedingsvoorwaarde is geschonden, wordt aansluiting gezocht bij de afspiegeling zoals deze bij de aanvraag van de toestemming voor ontslag is gehanteerd (terugspiegeling).

Feiten

Werkneemster is op 9 april 1999 in dienst getreden bij De Nachtwacht. Zij is apothekersassistent en verricht daarnaast coördinerende taken. Na verkregen toestemming van het UWV is de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen per 1 januari 2017 opgezegd. Werkneemster verzoekt primair herstel van de arbeidsovereenkomst. Zij stelt dat in strijd is gehandeld met het afspiegelingsbeginsel. Werkneemster wijst er daarbij op dat zij, anders dan ten tijde van de procedure bij het UWV, nu van mening is dat zij een unieke en daarom niet uitwisselbare functie bij De Nachtwacht uitoefende.

Oordeel

Correcte toepassing afspiegelingsbeginsel

De door De Nachtwacht aan het ontslag ten grondslag gelegde bedrijfseconomische redenen, te weten minder omzet door opzegging van contracten voor de nachturen door de zorgverzekeraars, worden door werkneemster niet bestreden. Naar het oordeel van de kantonrechter moet de functie die werkneemster bij De Nachtwacht uitoefende als uitwisselbaar met de 'gewone' functie van apothekersassistent worden gezien. Daarbij heeft hij tevens acht geslagen op het feit dat, zoals De Nachtwacht onbetwist heeft gesteld, werkneemster zelf bij het UWV heeft aangegeven van mening te zijn dat haar coördinerende taken door iedere collega hadden kunnen worden gedaan. Er is op juiste wijze afgespiegeld en de bezwaren die werkneemster aanvoert worden verworpen nu deze lijken te zijn gestoeld op een onjuist uitgangspunt van het aantal werknemers dat in de afspiegeling moet worden betrokken. De verzoeken van werkneemster tot herstel van de arbeidsovereenkomst en het treffen van voorzieningen zullen daarom worden afgewezen.

Wederindiensttreding

Vervolgens komt aan de orde of werkneemster aanspraak kan maken op wederindiensttreding

(art. 7:681 lid 1 onderdeel d BW), een voorziening die sinds de WWZ in de wet is opgenomen en die ook kan worden getroffen in geval er geen termen zijn om tot herstel van de arbeidsovereenkomst over te gaan (*Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 94*). De in artikel 7:682a BW bedoelde uitwerking is te vinden in artikel 18 en volgende van de Ontslagregeling. Tussen partijen staat vast dat er na de gevraagde toestemming bij het UWV bij De Nachtwacht weer formatieruimte voor apothekersassistenten beschikbaar is gekomen. Het gaat om 2,5 uur per week. De Nachtwacht heeft in verband hiermee aan een andere ontslagen werknemer, X, een nieuwe arbeidsovereenkomst van deze omvang aangeboden. Werkneemster is van oordeel dat zij hierop aanspraak kan maken, nu zij bij de afspiegeling als laatste in aanmerking kwam voor ontslag. De kantonrechter oordeelt dat bij de beoordeling van de vraag of de wederindiensttretingsvoorwaarde is geschonden aansluiting dient te worden gezocht bij de afspiegeling zoals deze bij de aanvraag van de toestemming voor ontslag is gehanteerd. Dat ligt in de rede omdat wanneer vanaf het begin voor minder (te weten: 9) werknemers toestemming zou zijn gevraagd, degene die als laatste bij een aanvraag voor 10 werknemers in aanmerking kwam niet in beeld zou zijn gekomen. Steun voor deze zienswijze vindt de kantonrechter in de tekst en toelichting op artikel 19 Ontslagregeling, waar staat vermeld dat de werkgever de werknemer wiens arbeidsovereenkomst op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding, als eerste in de gelegenheid stelt zijn werkzaamheden te hervatten. Deze benadering sluit aan bij een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2016:1195), in het bijzonder in 3.7.5 van dat arrest. Het arrest heeft weliswaar betrekking op het 'oude recht', maar is ter zake nog steeds relevant nu het een vergelijkbare wederindiensttretingsvoorwaarde betreft. Het voorgaande leidt tot de conclusie, met verwijzing naar het bepaalde in artikel 7:681 lid 1 onderdeel d BW, dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst in beginsel vernietigbaar is. In dat geval loopt de arbeidsovereenkomst door en heeft werkneemster recht op loon. Werkneemster heeft echter geen vernietiging (of een billijke vergoeding) verzocht, maar wederindiensttreding voor 2,5 uur per week, uit te breiden naar 24 uur per week. Zij heeft verder, in alle gevallen, om toekenning van de transitievergoeding verzocht, hetgeen erop duidt dat zij ervan uitgaat dat de arbeidsovereenkomst door opzegging is geëindigd. Bij deze stand van zaken acht de kantonrechter het geraten de zaak aan te houden voor akte uitlating aan de zijde van werkneemster over de vraag of hetgeen hiervoor is overwogen voor haar aanleiding is haar verzoeken nader te specificeren dan wel aan te passen. Aan De Nachtwacht zal vervolgens de gelegenheid worden geboden hierop bij akte te reageren.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 04-01-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:4690

Zaaknummer: 5434279 EJ VERZ 16-87085

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: D. van den Bergh-Beck en L.H.W.J. Rutten

Wetsartikelen: 7:681 BW, 7:682 BW en 7:682a BW