

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 9, 2020

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijsden, mr. E.L. Eijkelenboom, mr. S.C. Goedhart, mr. C.P. Kuijer, mr. D. Ottevanger, mr. drs. T.J. Post, I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. S. van der Slot, mr. V. Twilt en mr. S. Wiersma-Helal.

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:121](#) 27-02-2020

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:253](#) 25-02-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:1562](#) 25-02-2020

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:270](#) 25-02-2020

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:222](#) 25-02-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:512](#) 18-02-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:303](#) 10-01-2019

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:1096](#) 15-05-2018

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:1671](#) 27-02-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:1674](#) 26-02-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1168](#) 26-02-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1139](#) 26-02-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:1604](#) 26-02-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1101](#) 25-02-2020

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:912](#) 21-02-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1161](#) 18-02-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1028](#) 17-02-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1029](#) 17-02-2020

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:1061](#) 11-02-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:1090](#) 11-02-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:771](#) 06-02-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:553](#) 05-02-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:1483](#) 04-02-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:1708](#) 31-01-2020

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:14634](#) 20-11-2019

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:10950](#) 18-05-2017

Annotatie

Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht

mr. drs. J.R. Vos

ANNOTATIE

Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht

mr. drs. J.R. Vos

Annotatie bij HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (TSN), door Jan-Pieter Vos [1]

1 Inleiding

De zaak *TSN* is om meerdere redenen interessant. Ten eerste hakt het Hof van Justitie definitief de knoop door over de status van bovenwettelijke vakantieaanspraken. Dat biedt de gelegenheid de regels en mogelijkheden weer eens duidelijk op een rij te zetten (paragraaf 3). Voorts is het arrest ook belangrijk voor de doorwerking van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest). [2] Het Hof stelt namelijk duidelijke grenzen voor het toepassingsgebied (paragraaf 4). Maar eerst zet ik de zaak nog even kort uiteen.

2 De zaak TSN

2.1 Feiten

Aan de orde zijn twee Finse zaken. Het Finse recht kent werknemers een jaarlijkse vakantie toe van vijf weken (vier weken als de werknemer nog geen jaar in dienst is). Veel cao's kennen extra dagen toe. De werknemers in beide zaken zijn tijdens vakantie wegens ziekte arbeidsongeschikt. Zij verzoeken hun werkgevers deze vakantiedagen naar een later tijdstip over te dragen. Beide werkgevers weigeren. Het betreft namelijk bovenwettelijke vakantiedagen en volgens de werkgevers hoeven deze dagen volgens het Finse recht niet te worden overgedragen.

In beide zaken spannen de werknemersverenigingen een procedure aan. Zij stellen dat het Finse recht in strijd is met artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG (hierna: de richtlijn) [3] en artikel 31 lid 2 van het Handvest, voor zover het Finse recht bepaalt dat slechts wettelijke vakantiedagen die cumuleren met ziektedagen hoeven te worden overgedragen. De Finse rechters stellen vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, dat beide zaken samenvoegt.

2.2 Arrest

Volgens het Hof ziet de richtlijn enkel op de daarin opgenomen minimumperiode van vier weken. Artikel 15 van de richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid voor werknemers gunstiger

bepalingen vast te stellen. In zo'n geval worden dergelijke vakantiedagen niet door de richtlijn geregeld, maar door het nationale recht, met dien verstande dat gunstiger bepalingen niet mogen worden aangewend ter compensatie van een eventuele aantasting van een door de Unierechtelijke bepaling gewaarborgde minimumbescherming (HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*)). De richtlijn verzet zich dus niet tegen de Finse regeling.

Ook het Handvest biedt geen soelaas. Blijkens artikel 51 lid 1 is het slechts van toepassing op lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Blijkens lid 2 breidt het Handvest het toepassingsgebied van het Unierecht echter niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken. Daarbij moet de situatie worden beheerst door het Unierecht. Nu de richtlijn niet ziet op bovenwettelijke vakantieaanspraken valt de situatie buiten de werkingssfeer van het Handvest. Evenmin brengen lidstaten de richtlijn ten uitvoer wanneer zij gebruikmaken van een mogelijkheid gunstiger bepalingen vast te stellen. Ook het Handvest verzet zich dus niet tegen de Finse regeling.

3 Het recht op vakantie

3.1 Het recht op vakantie in Europa

Artikel 7 lid 1 van de richtlijn schrijft voor dat EU-lidstaten de nodige maatregelen treffen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie. Volgens het tweede lid kan deze minimumperiode van jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve bij beëindiging van het dienstverband.

De richtlijn bevat geen ander artikel over vakantie. Wel staat de richtlijn volgens artikel 15 niet aan bepalingen in de weg die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en gezondheid van de werknemers. Artikel 17 biedt een (geclausuleerde) mogelijkheid van bepaalde artikelen in de richtlijn af te wijken, maar noemt artikel 7 hierin niet.

Van artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG mogen lidstaten dus niet afwijken. Het Hof van Justitie overwoog dit reeds in 2001 in het arrest *BECTU* (punt 40-43). [4] In datzelfde arrest maakte het duidelijk dat de zinsnede 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van vakantie' enkel ziet op uitvoeringsmodaliteiten: voorwaarden voor de uitoefening en de tenuitvoerlegging van het recht op vakantie. Lidstaten mogen concrete omstandigheden bepalen waarin werknemers gebruik mogen maken van het recht op vakantie. Het ontstaan van het recht zelf mag echter niet van voorwaarden afhankelijk worden gesteld. [5]

Zo komt het dat het Europese recht op vakantie materieel wordt gevormd door artikel 7 van de richtlijn en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Die is inmiddels omvangrijk. De Europese Commissie bracht in mei 2017 een interpretatieve mededeling van de richtlijn uit. [6] Voor de praktijkjurist biedt dit document een goed overzicht van rechtspraak over de Arbeidstijdenrichtlijn, met dien verstande dat de jurisprudentie zich nadien wel heeft

doorontwikkeld. [7]

3.2 Wettelijke en bovenwettelijke vakantieaanspraken en de gevolgen van die kwalificatie

De richtlijn biedt de in artikel 15 genoemde mogelijkheid gunstiger bepalingen toe te passen op werknemers, bijvoorbeeld door hun recht te geven op meer vakantie dan het minimum van vier weken per jaar. Die aanspraak boven de vier weken duidt men in de praktijk wel aan als bovenwettelijke vakantieaanspraak, het wettelijke minimum wordt vaak de wettelijke vakantieaanspraak genoemd. Belangrijk hierbij te vermelden is dat niet-opgenomen dagen na afloop van het jaar niet van kleur verschieten. Wettelijke aanspraken blijven wettelijk en worden in een volgend jaar dus niet opeens bovenwettelijk. [8]

Het arrest *TSN* maakt definitief duidelijk dat lidstaten bovenwettelijke vakantieaanspraken anders kunnen behandelen dan wettelijke. Dat werd al langer vermoed en volgde deels al uit de arresten *Dominguez* en *Neidel*. [9] Uit die arresten bleek dat de 'normale' regels voor samenloop van vakantie en ziekte, die volgen uit *Schultz-Hoff* en *Vicente Pereda*, [10] in principe niet gelden waar het gaat om bovenwettelijke vakantieaanspraken. In het arrest *Hein* overwoog het Hof van Justitie bovendien dat het toekennen van bovenwettelijke aanspraken weliswaar mogelijk is, maar niet mag worden aangewend ter compensatie van negatieve gevolgen die de werknemer ondervindt door de vermindering van de vergoeding waarop hij voor die vakantie recht heeft. [11] Ook A-G Kokott suggereerde reeds in haar conclusie bij het arrest *FNV/Staat* dat lidstaten voor bovenwettelijke vakantieaanspraken vrij zijn te bepalen dat deze kunnen worden afgekocht. [12]

In dit arrest gaat de kogel echt door de kerk. Het Hof van Justitie overweegt in punt 36 in algemene zin dat het lidstaten vrijstaat om bovenwettelijke vakantieaanspraken toe te kennen, en ook om in een dergelijk geval de voorwaarden voor het toekennen en het vervallen van die extra vakantiedagen vast te stellen, waarbij zij in dit verband niet gehouden zijn de beschermingsregels met betrekking tot de minimumperiode in acht te nemen. Het Unierecht regelt bovenwettelijke vakantieaanspraken dus niet.

3.3 Bovenwettelijke vakantieaanspraken in Nederland en hun beperkingen

Waar lidstaten voor bovenwettelijke vakantieaanspraken van de richtlijn mogen afwijken, maakt Nederland daar slechts mondjesmaat gebruik van. Slechts in een beperkt aantal, in de wet omschreven, situaties is voorzien in een afwijkende behandeling van bovenwettelijke vakantieaanspraken. Andere afwijkingen zijn op grond van artikel 7:645 BW nietig. [13] Het is een bewuste keuze geweest wettelijke en bovenwettelijke aanspraken zo veel mogelijk gelijk te behandelen (via art. 7:645 BW). Volgens de Sociaal-Economische Raad zou iets anders namelijk rechtsonzekerheid in de hand werken. [14] De regering nam dat advies vervolgens over. [15]

Werkgevers die bovenwettelijke vakantieaanspraken toekennen, lopen nog wel eens tegen het probleem aan dat werknemers deze niet opnemen. Zodoende kunnen vakantiestuwmeren ontstaan, die moeilijk kunnen worden aangepakt. [16] De wettelijke vakantieaanspraken

vervallen in beginsel zes maanden na afloop van het jaar waarin zij zijn ontstaan (art. 7:640a BW), mits de werkgever aan de in *Max-Planck* geïntroduceerde aanzegplicht heeft voldaan. [17] Bovenwettelijke aanspraken *verjaren* evenwel pas na vijf jaar (art. 7:642 BW) en bovendien kan een werknemer de verjaringstermijn stuiten. De werkgever kan niet goed afdwingen dat een werknemer die bovenwettelijke aanspraken eerder opneemt. Anti-oppotbedingen hebben weliswaar enig praktisch effect, maar hun juridische houdbaarheid wordt betwist. [18] Afkoop van bovenwettelijke vakantieaanspraken is dan een optie, mits dat is/wordt overeengekomen, maar dit brengt kosten met zich.

3.4 'Verlof' als oplossing?

Werkgevers die extra vakantie willen aanbieden, maar aan dat strenge regime willen ontkomen, kunnen wellicht hun toevlucht nemen tot het in het leven roepen van verlofregelingen. Zo suggereert Funke in zijn noot bij dit arrest (*JAR* 2020/16) dat werkgevers in plaats van bovenwettelijke vakantiedagen atv-dagen toekennen. Inderdaad wordt aangenomen dat (cao-)partijen eigen afspraken kunnen maken over bijvoorbeeld het al dan niet vergoeden van atv-dagen. [19] Maar het ligt genuanceerder.

Of het aanbieden van verlof als verkapte vorm van vakantie hout snijdt, staat of valt met het antwoord op de vraag of het mogelijk is verlofdagen als zodanig te kwalificeren en aan de kwalificatie 'vakantie' te ontkomen. Bij introductie van het recht op vakantie was het voor de wetgever niet moeilijk een definitie van vakantie te geven: 'Dat vakantie inhoudt vrijstelling van de verplichting tot het verrichten van arbeid spreekt zo vanzelf, dat het niet in het ontwerp behoeft te worden bepaald.' [20] Nadien nuanceerde de Hoge Raad dit. Hij overwoog dat het vakantieregime op atv-dagen niet van toepassing is. De strekking van die dagen – het tegengaan van het verlies van arbeidsplaatsen en het creëren van nieuwe arbeidsplaatsen – verschilt namelijk met het doel van vakantie. In de woorden van de Hoge Raad heeft vakantie namelijk ten doel 'de werknemer in verband met de werkbelasting die op hem drukt betaald verlof te verschaffen'. [21] Atv-dagen hebben een ander oogmerk, waardoor zij niet als vakantiedag kwalificeren.

Vrij te besteden 'verlof'-dagen zullen dus al snel als vakantiedagen kwalificeren. Om daadwerkelijk aan de greep van de vakantiewetgeving te ontkomen zal men een bestemmingsvereiste moeten toevoegen. Dat beperkt immers de vrije besteding van een verlofdag. Weliswaar is strikt genomen nog steeds sprake van een vrijstelling tot verrichten van arbeid 'in verband met de werkbelasting die op hem drukt', maar de werknemer heeft niet langer de vrije invulling van zo'n dag. In de praktijk zien we dat al lang en breed terug. Verlofregelingen zijn er zowel in wettelijke vorm (denk aan de vormen in de Wet arbeid en zorg, al ontbreekt een definitie van verlof) als in contractuele vorm (veelal geregeld in cao's en personeelshandboeken). Denk aan de bekende vrije dagen vanwege verhuizingen en huwelijken. Deze reeds bekende contractuele verlofdagen kunnen worden genoten voor vastgestelde doeleinden.

In het verlengde hiervan lijkt praktisch elke vorm verlof mogelijk. Wat te denken van het

opnemen van een meubelbezorgdag, of een *soul searching* week, te besteden aan een meditatiecursus? ‘Representativiteits-shopdagen’ voor advocaten? Een week vrij, maar wel verplicht te besteden aan *backpacken* of een verblijf buitenshuis? Met een bestemmingsvereiste kan een werkgever dus de kwalificatie van een verlofdag als vakantie ontlopen. Vervolgens kan een werkgever aan die verlofdagen eigen voorwaarden verbinden. Bijvoorbeeld dat zij jaarlijks vervallen, of dat een werknemer maximaal vijf dagen uit de verlofcatalogus van werkgever mag gebruiken (voor zover het contractueel verlof betreft, voor wettelijk gegarandeerd verlof, zoals zwangerschaps- of ouderschapsverlof, ligt dat uiteraard anders). Ingeval van atv-dagen of tijd-voor-tijd regelingen lijkt het hanteren van een zeker systeem – dat overigens niet heel complex hoeft te zijn – ook nodig.

Eenvoudiger wordt het er niet op: onderscheid tussen vakantie- en verlofdagen brengt extra administratie met zich. Bovendien zullen werkgevers dan moeten gaan ondervangen dat werknemers niet eerst alle verlofvormen opnemen en pas daarna vakantie – die dus niet zonder meer vervalt. Verlof aanbieden als alternatief voor vakantie lijkt zeker mogelijk, maar is gecompliceerder dan dit op het eerste gezicht wellicht lijkt.

4 Doorwerking van het Handvest Grondrechten EU

4.1 Belang

Het arrest heeft ook belang voor vraagstukken over de doorwerking van Europees recht in nationale wetgeving. Richtlijnen werken in beginsel immers niet rechtstreeks door in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen de rechtsverhouding tussen particulieren onderling. [22] Het Hof van Justitie heeft dit probleem omzeild door in bepaalde gevallen horizontale rechtstreekse werking toe te staan van artikel 31 lid 2 van het Handvest. Voor het recht op vakantie is dit gebeurd in de arresten *Bauer* en *Max-Planck*. [23] Anders dan artikel 7 van de richtlijn beperkt de tekst van artikel 31 lid 2 van het Handvest het recht op vakantie echter niet in tijd: de richtlijn noemt een duur van vier weken, maar het Handvest noemt geen duur. Om die reden waren de in *TSN* gestelde prejudiciële vragen van belang. Als artikel 31 lid 2 ook op bovenwettelijke vakantieaanspraken van toepassing zou zijn, zou de inhoud van artikel 7 richtlijn via het Handvest immers alsnog kunnen gelden. En bovendien zou die inhoud ook nog eens rechtstreekse werking kunnen hebben tussen particulieren. Buiten de vakantierechtensfeer speelde de vraag of nationale implementatiewetgeving die verder gaat dan de door het Unierecht vereiste minimumharmonisatie ook onder de werking van het Handvest valt. Die vraag is voor het gehele Unierecht van groot belang.

4.2 Toepassingsgebied van het Handvest

Het Hof zet in punt 42-43 het kader uiteen. Artikel 51 van het Handvest bepaalt het toepassingsbereik ervan. Volgens lid 1 is het (onder meer) tot lidstaten gericht, doch uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Lid 2 bepaalt dat het Handvest het toepassingsgebied van de rechten van de Unie niet verder uitbreidt, geen nieuwe bevoegdheden of taken scheidt, noch de in de Verdragen beschreven bevoegdheden en taken wijzigt. Grondrechten die in de rechtsorde van de Unie worden gewaarborgd kunnen

daarbij toepassing vinden in alle situaties die worden beheerst door het Unierecht. Hierover bestaat veel jurisprudentie en is al veel geschreven. [24]

Hoe passen bovenwettelijke vakantieaanspraken in dit stelsel? Wijlen A-G Bot (*TSN* was een van zijn laatste conclusies) opteerde in zijn conclusie bij het arrest voor de lijn dat het Handvest op bovenwettelijke vakantieaanspraken van toepassing moest zijn omdat de betreffende Finse (cao-)bepalingen zich bevonden op een terrein waarop de Unie bevoegdheden heeft. Zodoende moesten die geacht worden het Unierecht ten uitvoer te brengen. Het feit dat artikel 15 van Richtlijn 2003/88/EG die mogelijkheid biedt, zonder dat te verplichten, maakt dat niet anders. [25] Voert een lidstaat voor werknemers gunstiger regels in, dan voert deze nog steeds EU-recht uit. Vervolgens zou de inhoud van het Handvest volgens de A-G zo moeten worden uitgelegd, dat artikel 31 lid 2 Handvest slechts zou strekken tot (bescherming van) een vakantie van vier weken (en niet meer), zodat het Handvest zich in casu niet tegen de Finse cao-bepalingen zou verzetten.

Het Hof van Justitie wil er in *TSN* duidelijk niet aan dat de reikwijdte van het Handvest zich ook uitstrekt tot bepalingen die verder gaan dan met het Unierecht beoogde minimumharmonisatie. Het Hof verwijst hiertoe naar het arrest *Julian Hernández*. [26] In dat arrest bepaalde het Hof dat een bepaalde Spaanse vergoeding (vergoeding van loon door de Spaanse staat als gevolg van een te lange ontslagprocedure) niet door Richtlijn 2008/94/EG [27] werd vereist. Zodoende ging de Spaanse bescherming verder dan het door Richtlijn 2008/94/EG vereiste minimum. Daarom bracht de betreffende Spaanse vergoeding geen Unierecht ten uitvoering en viel deze niet onder de werkingssfeer van het Handvest. Het enkele feit dat nationale maatregelen binnen een gebied vallen waarop de Unie over bevoegdheden beschikt, is onvoldoende voor de toepasselijkheid van het Handvest.

In *TSN* bevestigt het Hof de lijn uit *Julian Hernández*. Het trekt deze iets verder door in die zin dat niet alleen een ander recht (zoals een extra, niet door de richtlijn vereiste vergoeding), maar ook een uitbreiding (of ruimere toekenning) van een specifiek door de richtlijn toegekend minimumrecht (namelijk een ruimer recht op vakantie) niet onder de werkingssfeer van het Handvest valt.

Waar de A-G artikel 15 van de richtlijn interpreteerde als *bevoegdheid* voor lidstaten om gunstiger regels te stellen, waardoor je zou kunnen zeggen dat ook bovenwettelijke aanspraken een zekere uitvoering van Unierecht zijn, doet het Hof dit nadrukkelijk niet. Het wijst erop dat de Unie en lidstaten krachtens artikel 2 lid 2 VWEU op het gebied van sociaal beleid over een *gedeelde* bevoegdheid beschikken (punt 47). Voorts wordt het optreden van lidstaten *ondersteund en aangevuld* op het gebied van de verbetering van het arbeidsmilieu, om de veiligheid en gezondheid van de werknemers te beschermen. Lidstaten *blijven* vrij om in de uitoefening van de bevoegdheid *die zij hebben behouden* dergelijke strengere normen te stellen, mits zij de samenhang van het optreden van de Uniewetgever niet in gevaar brengen (punt 48). Het Hof sluit de redenering af met de overweging dat artikel 15 van de richtlijn enkel erkent dat lidstaten, buiten het kader van het stelsel van de richtlijn, mogen voorzien in gunstiger bepalingen (punt 49). De in dit geding aan de orde zijnde bovenwettelijke

vakantieaanspraak valt buiten het Unierecht en kan daarom dus niet via het Handvest worden getoetst. De reikwijdte van het Handvest wordt dus nauw geïnterpreteerd.

Bovengenoemde overwegingen van het Hof zijn sterk geënt op de sociale paragrafen uit het VWEU. Wellicht betekent dit dat deze terughoudende interpretatie met name op het sociale vlak geldt. Op andere vlakken kan het Handvest dan wellicht breder worden geïnterpreteerd. Toekomstige jurisprudentie zal dit moeten uitwijzen.

4.3 Kritiek

De door het Hof gekozen lijn kan (en zal) bekritiseerd gaan worden, met name door specialisten op het gebied van Unie(grond)rechten. Een eerste aanzet is gegeven door Frantziou. [28] Volgens haar is *TSN* inconsistent met eerdere rechtspraak, zoals *Åkerberg Fransson* en *ERT*, [29] waarin de toepasselijkheid van het Handvest respectievelijk grondrechten als beginselen van het Unierecht (in andersoortige situaties) wél ruim werd geïnterpreteerd. [30] Eerder – ruim vóór het wijzen van het onderhavige arrest – suggereerden ook De Waele en Veenbrink al dat het Hof van Justitie vaak snel aanneemt dat een situatie binnen het bereik van het Unierecht valt. [31] In die optiek is het inderdaad vreemd dat het Hof (juist) hier een lijn trekt. Wellicht heeft dat te maken met het feit dat het recht op vakantie een toch wat bijzonder grondrecht is, in die zin dat de omvang van het grondrecht qua duur beperkt is (namelijk vier weken). Het is in die optiek niet vreemd dat alles daarboven niet meer als grondrecht wordt behandeld en dus ook niet langer onder het Handvest valt. Dit is anders dan, bijvoorbeeld, het verbod op discriminatie, dat een algemenere werking heeft.

Frantziou haakt met haar kritiek aan bij A-G Bot, die de gevolgen van de uiteindelijk door het Hof gekozen benadering al in zijn conclusie had verkend. Volgens hem leidt de restrictieve interpretatie van artikel 51 lid 1 van het Handvest ertoe dat het voor het Hof moeilijk kan zijn een einde te maken aan krachtens artikel 15 van de richtlijn vastgestelde maatregelen die wél een aantasting van erkende grondrechten tot gevolg hebben. Dit met name wanneer het verband tussen een nationale maatregel en een andere Unierechtelijke norm dan de richtlijn moeilijk is vast te stellen. [32] Ik denk dat dit probleem wel meevalt. De overwegingen van het Hof zijn weliswaar stellig, maar belangrijk is dat in *TSN* slechts de reikwijdte van artikel 31 lid 2 van het Handvest in het geding was (zie daartoe punt 44-45 van het arrest). Andere Handvest-bepalingen werden in de analyse niet betrokken.

Stel nu dat conform nationale wetgeving mannen 25 vakantiedagen krijgen en vrouwen 23. Dat is een evident ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid, hetgeen in strijd is met artikel 21 van het Handvest. Mij dunkt dat met een beroep op dat artikel inderdaad een einde kan worden gemaakt aan deze situatie. Een beroep op de omstandigheid dat het hier gaat om bovenwettelijke aanspraken, waarop het Handvest niet ziet, zal mijns inziens falen. Er wordt immers inbreuk gemaakt op een ander grondrecht. Steun voor dit argument vind ik in punt 48 van het arrest. Daarin zegt het Hof dat de Unierechtelijke minimumvoorschriften ‘niet beletten dat een lidstaat maatregelen met een hogere graad van bescherming handhaaft of

invoert *welke met de Verdragen verenigbaar zijn* en normen kan uitvaardigen *‘die strenger zijn dan die welke in het kader van het optreden van de Uniewetgever zijn vastgesteld, mits zij de samenhang van dat optreden niet in gevaar brengen*’ [cursiveringen mijnerzijds]. Wet- en regelgeving die verder gaat door het door de Unie vastgestelde minimum is mogelijk, maar mag dus evenmin strijdig zijn met ander Unierecht. [33] Als een ander grondrecht in het geding komt, kan dus eveneens worden opgetreden. De vrees van de A-G dat het moeilijk is om dergelijke, met het Handvest strijdige bepalingen aan te pakken, deel ik dan ook niet echt, zeker niet als het gaat om bepalingen waaraan het Hof al horizontale directe werking heeft toegekend. [34]

Frantziou uit ook nog een ander punt van kritiek. Volgens haar is het onjuist dat het Hof de vrijheid van collectief onderhandelen (art. 28 Handvest) niet heeft geanalyseerd. Die zou duidelijk worden ondermijnd door het oordeel dat de verdergaande bescherming dan de richtlijn en het Handvest, in casu ontwikkeld door middel van een collectieve overeenkomst, niet wordt beschermd door Handvest. Wellicht benader ik de vrijheid van collectief onderhandelen te concreet, maar ik zie niet goed in waar(om) die vrijheid dan in het gedrang zou komen. Het recht op collectief onderhandelen zelf staat immers niet ter discussie. Het gaat in deze zaak ‘slechts’ om de interpretatie van een cao (en eigenlijk vooral de nationale wetgeving), waar aan beide zijden vakbonden zijn betrokken.

4.4 Gevolgen

De vraag is wat nu de concrete gevolgen zijn van de wijze van toetsen die het Hof van Justitie kiest. Van der Mei constateert terecht dat het Handvest bovenwettelijke vakantieaanspraken als zodanig niet beschermt. [35] Concreet betekent dit dat de in *Bauer* en *Max-Planck* erkende horizontale rechtstreekse werking – daarmee nationale wetgeving zo nodig opzijzettend – van het recht op vakantie zich beperkt tot wettelijke vakantieaanspraken en zich niet uitstrekt tot bovenwettelijke vakantiedagen. Voor werkgevers is dat een zorg minder. Van der Mei’s suggestie dat de bovenwettelijke aanspraken evenmin aan andere Handvestbepalingen kunnen worden getoetst, deel ik echter niet. Uit mijn voorbeeld over verschillende aantallen vakantiedagen voor mannen en vrouwen hierboven, volgt immers dat dergelijke bepalingen nog altijd aan andere bepalingen kunnen worden getoetst.

Het is wel de vraag of de gekozen lijn ook gaat gelden in andere situaties dan sociaal recht. Het Hof heeft zijn betoog immers onderbouwd met vele verwijzingen naar verdragsbepalingen op sociaal terrein (zie paragraaf 4.2). Hiervoor zullen we nadere rechtspraak moeten afwachten.

Tot slot is het belangrijk te beseffen dat dit arrest niet impliceert dat elke keuzevrijheid van lidstaten gevrijwaard is van de toepassing van het Handvest. Die niet-toepasselijkheid van het Handvest geldt enkel in situaties waarin het nationale bepalingen betreft die méér dan de vereiste minima toekennen. Veelzeggend is in dat verband punt 50 van het arrest. Daarin onderscheidt het Hof de keuze om verdergaande bescherming toe te kennen van andere gevallen van keuzevrijheid. Het Hof noemt in dit kader situaties waarin lidstaten een vrije

keuze hebben tussen verschillende opties in een richtlijn. Denk aan Richtlijn 1999/70/EG over de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, waarin lidstaten in clause 5 de keuze wordt geboden tussen meerdere maatregelen ter voorkoming van misbruik van bepaaldetijdcontracten. [36] Een andere situatie is die waarin een lidstaat een discretionaire of beoordelingsbevoegdheid heeft, die we bijvoorbeeld uit Richtlijn 2000/78/EG over gelijke behandeling in arbeid kennen (zoals bijvoorbeeld art. 6 lid 1, dat verschil in behandeling op grond van leeftijd onder omstandigheden toestaat). [37] Het Hof van Justitie maakt duidelijk dat dit andere situaties zijn, waarvoor de rechtsregel uit het arrest niet geldt. Het feit dat een lidstaat bij de implementatie van een richtlijn keuzes mag (of moet) maken over de uiteindelijke graad van werknemersbescherming, betekent dus niet dat het Handvest niet van toepassing zou zijn.

5 Conclusie

Voor praktijkjuristen in het arbeidsrecht is de relevantie van dit arrest op het eerste gezicht wellicht beperkt. Qua materieel vakantierecht is er weinig nieuws onder de zon en ook met het doorwerkingsvraagstuk zal men niet vaak te maken krijgen. Dat neemt niet weg dat het Hof in dit arrest principiële keuzes heeft gemaakt, die bovenwettelijke vakantieaanspraken tot een rustig bezit maken en nationale beleidsmakers op dit moment enige zekerheid geven dat niet elke bovenwettelijke uitbreiding van Europese harmonisatievoorschriften, in elk geval op sociaal vlak, voortaan door het Europees recht geregeld wordt. In tijden dat Europa toch al onder druk staat, is dat misschien niet zo gek.

Noten

[1] Jan-Pieter Vos is wetenschappelijk docent en promovendus op het gebied van vakantiewetgeving aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

[2] Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2012, C 326/2.

[3] Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2003, L 299/9.

[4] HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (*BECTU*), punt 40-43.

[5] *BECTU*, punt 53.

[6] Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2017/C 165/01.

[7] Sinds de publicatie van de interpretatieve mededeling zijn voor het recht op vakantie met name de volgende arresten relevant geweest: HvJ EU 4 oktober 2018, C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799 (*Dicu*); HvJ EU 6 november 2018, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*); HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck*); HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*). Nu dus ook *TSN*.

- [8] HvJ EG 6 april 2006, C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244 (*FNV/Staat der Nederlanden*).
- [9] HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*) en HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 (*Neidel*).
- [10] Zie met name HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*) en HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*).
- [11] HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*), punt 43.
- [12] Conclusie A-G Kokott bij zaak C-124/05, ECLI:EU:C:2006:36 (*FNV/Staat der Nederlanden*), punt 28.
- [13] Zie de noot van H.J. Funke bij dit arrest (*JAR* 2020/16) voor enkele voorbeelden.
- [14] *Wijziging vakantiewetgeving* (SER-advies 97/04 van 21 maart 1997 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 1997, p. 6 en 36.
- [15] *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, nr. 3, p. 1. Zie hierover ook M. Koster en C.J. Herman de Groot, 'Vakantieadministratie en stuwmeren vanaf 1 januari 2012: "Leuker kunnen we het niet maken, wel (onnodig) ingewikkeld"', *ArbeidsRecht* 2011/55.
- [16] J.R. Vos, *Cash of Costa: De aanpak van vakantiestuwmeren nader bezien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.
- [17] HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874, C|684/16 (*Max-Planck*). Zie hierover uitgebreid J.R. Vos, 'Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht', *ArA* 2019-2, p. 50-80.
- [18] Zie bijvoorbeeld C.M.L. Perera, 'Het 'anti-oppotbeding', *ArbeidsRecht* 2006/25, R.L. van Heusden, 'Vakantiedagen en "anti-oppotregelingen"; een kwestie van uitleg(?)', *SMA* 2008, p. 361-371 en P.W.H.M. Willems, 'Termijnen in het arbeidsrecht: een overzicht', *ArbeidsRecht* 2010/18. Zie anders: J.R. Vos, 'Cash of costa: aanpak van vakantiestuwmeren', *TAP* 2012, p. 202-203 en W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk en D.M.A. bij de Vaate, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 179.
- [19] HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633, *JAR* 2009/271 (*Spijker/Van Stiphout's Drankencentrum*). Zie hierover wat genuanceerder de annotatie van D.J. Buijs in *TRA* 2010/15, die terecht opmerkt dat sprake kan zijn van onverschuldigde prestatie en dat daarom niet als algemene regel kan gelden dat uitbetaling van niet-genoten atv-uren bij einde van het dienstverband nooit aan de orde kan zijn.
- [20] *Kamerstukken II* 1962/63, 7168, nr. 3, p. 7.
- [21] HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2572, *JAR* 1998/83 (*Wijngo/Van Wezel*).
- [22] HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (*Faccini Dori*).

[23] Arresten *Bauer* en *Max-Planck*, reeds aangehaald. Zie over deze problematiek uitvoerig mijn artikel in *ArA*, reeds aangehaald, inclusief verwijzingen.

[24] Zie uitgebreid: A. Ward, commentaar op artikel 51, in: S. Peers, T. Harvey, J. Kenner en A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford(UK)/Portland(OR, US): Hart 2014 en verwijzingen aldaar. Zie voor een goede, overzichtelijke (maar al wat oudere) introductie: M.A. Fierstra, 'Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', *NtEr* 2013/6, p. 197-205.

[25] Conclusie A-G Bot bij gevoegde zaken C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:459 (*TSN*), punt 90-91.

[26] HvJ EU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (*Julian Hernández*). Ook het recente arrest *Baldonado Martín* (HvJ EU 22 januari 2020, C-177/18, ECLI:EU:C:2020:26) verwijst op dit punt naar *Julian Hernández*.

[27] Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, *PbEU* 2008, L 283/36.

[28] E. Frantziou, 'Paid Annual Leave and Collective Agreements after the TSN Judgment (C-609/17 and C-610/17)', www.eulawlive.com, 22 november 2019.

[29] HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*) en HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*).

[30] Dergelijke inconsistenties komen overigens uitvoerig aan de orde in E. Frantziou, *The horizontal effect of fundamental rights in the european union: A constitutional analysis*, Oxford, UK: Oxford University Press 2019.

[31] HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), *JIN* 2013/104, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en J.M. Veenbrink.

[32] Conclusie A-G Bot, punt 117.

[33] Volgens A-G Bot is een dergelijke redenering 'een overbodige en enigszins gekunstelde omweg' en is het eenvoudiger en logischer aan te nemen dat ook verdergaande beschermingsmaatregelen onder het toepassingsbereik van het Handvest vallen (conclusie, punt 97). Ik vind de oplossing om eerst aan te nemen dat de situatie onder het Handvest valt, om vervolgens te bepalen dat het Handvest in casu de gezochte bescherming niet biedt, bepaald niet minder gekunsteld.

[34] Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), waarin het Hof onder meer de vrijheid van godsdienst (art. 10 Handvest) afwoog tegen het non-discriminatieverbod (art. 21 Handvest) en het recht op een doeltreffende rechterlijke bescherming (art. 47 Handvest).

[35] A.P. van der Mei, 'Het EU Handvest van de grondrechten en bovenwettelijke vakantiedagen', *TRA* 2020/8.

[36] Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 1999, L 175/43-48.

[37] Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16-22.

RECHTSPRAAK

Overgang van onderneming ondanks niet overnemen van bussen bij concessiewisseling busvervoer.*Feiten*

SBN exploiteerde sinds 1 augustus 2008 in opdracht van de Landkreis Oberspreewald-Lausitz (district Oberspreewald-Lausitz, Duitsland) het openbaar vervoer per bus toen dit district in september 2016 voor de betrokken vervoersdiensten een nieuwe aanbesteding uitschreef. SBN heeft van inschrijving afgezien omdat zij van oordeel was geen economisch haalbare offerte te kunnen indienen. SBN heeft haar bedrijfsactiviteiten beëindigd en haar werknemers ontslag aangezegd. De opdracht om het openbare busvervoer te verzorgen is met ingang van 1 augustus 2017 gegund aan Kraftverkehrsgesellschaft Dreiländereck mbH. Voor het verrichten van die diensten heeft deze onderneming de volledige dochteronderneming OSL opgericht. OSL heeft het merendeel van de chauffeurs en van het leidinggevend personeel van SBN in dienst genomen. In april 2017 heeft Kraftverkehrsgesellschaft Dreiländereck aan SBN meegedeeld dat zij niet van plan was de bussen, depots en andere bedrijfsinstallaties van SBN te kopen of te huren, of gebruik te maken van haar servicediensten. Grafe, voormalig ploegbaas bij SBN, is op 1 september 2017 als chauffeur in dienst getreden bij OSL, die hem in de laagste schaal van de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst heeft ingedeeld omdat zij de vroegere gewerkte periodes van de betrokkene niet erkent. In deze context verzet Grafe zich tegen het ontslag door SBN en eist hij dat OSL bij zijn inschaling rekening houdt met zijn vroegere dienstjaren bij SBN. Deze verzoeker in het hoofdgeding en zijn vorige werkgever zijn van mening dat de arbeidsovereenkomst van betrokkene is overgegaan op OSL in het kader van een overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG.

Pohle, eveneens voormalig ploegbaas bij SBN, verzoekt betaling van de ontslagvergoeding. SBN stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is overgegaan op OSL. Met zijn twee vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een economische eenheid in het kader van een overname van een activiteit volgens een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht de bedrijfsmiddelen die eigendom waren van de economische eenheid die deze activiteit voordien uitoefende, niet overneemt (Finse Bussen-arrest), een beletsel vormt voor de kwalificatie van deze transactie als een overgang van onderneming.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Overgang van onderneming: behoud van identiteit

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het beslissende criterium om vast te stellen of er sprake is van een dergelijke overgang, de omstandigheid is dat de economische eenheid haar identiteit behoudt, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie. Bij de vaststelling of aan die voorwaarde is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betreffende transactie kenmerken, waaronder met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, de vraag of materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overgang, de vraag of de meerderheid van het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen, de vraag of de clientèle wordt overgedragen, de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Deze omstandigheden zijn evenwel slechts deelaspecten van de vereiste alomvattende beoordeling en mogen derhalve niet los van elkaar worden beoordeeld.

(Geen) Overdracht van bussen

In antwoord op de vraag of er sprake was van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1 lid 1 Richtlijn 77/187/EEG heeft het Hof in punt 39 van het arrest van 25 januari 2001, *Liikenne* (C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59), allereerst benadrukt dat busvervoer niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist. Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat het feit dat voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer zijn overgedragen, dan ook een omstandigheid is waarmee rekening moet worden gehouden voor de kwalificatie als overgang van onderneming. In punt 42 van dat arrest heeft het Hof vervolgens geoordeeld dat materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan die activiteit, zodat het feit dat er geen overgang van dergelijke, voor de goede werking van de betrokken eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, tot de conclusie moet leiden dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden. In punt 43 van dat arrest heeft het Hof ten slotte geconcludeerd dat Richtlijn 77/187/EEG in een situatie als in die zaak aan de orde was, niet van toepassing is wanneer er geen materiële activa van enig belang van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer zijn overgedragen. Aangezien het Hof in punt 39 van het arrest *Liikenne* heeft benadrukt dat het feit dat er voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer waren overgedragen, een omstandigheid was waarmee rekening moest worden gehouden, kan daaruit niet worden afgeleid dat de overname van de bussen in abstracto moet worden beschouwd als de enige bepalende factor bij een overgang van onderneming waarvan de activiteit bestaat in het openbaar vervoer per bus. Teneinde te bepalen of het feit dat er geen bedrijfsmiddelen, namelijk bussen, zijn overgedragen een beletsel vormt voor de kwalificatie als overgang van onderneming, moet de verwijzende rechter bijgevolg rekening houden met de specifieke omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak.

Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dienaangaande dat het voor de onderneming waaraan de opdracht is gegund en die de door de aanbestedende dienst opgelegde nieuwe technische en milieunormen met betrekking tot de bedrijfsmiddelen wil naleven, zowel uit economisch als juridisch oogpunt niet mogelijk was om de bedrijfsmiddelen over te nemen van de onderneming die voorheen opdrachtnemer was van de in het hoofdingaan aan de orde zijnde opdracht voor openbaarvervoersdiensten. Economisch gezien is het voor een nieuwe exploitant immers niet redelijk om een bestaande vloot bussen over te nemen die bestaat uit voertuigen die niet bruikbaar zijn doordat zij ouder zijn dan voor de exploitatie is toegestaan en niet voldoen aan de door de aanbestedende dienst opgelegde vereisten. Anders gezegd, de beslissing van de nieuwe exploitant om de bedrijfsmiddelen van die onderneming niet over te nemen is ingegeven door externe vereisten, terwijl, zoals de advocaat-generaal in punt 54 van haar conclusie heeft opgemerkt, niets in de uiteenzetting van de feiten in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest *Liikenne* erop wijst dat dit in die zaak het geval was. Uit de informatie van de verwijzende rechter blijkt overigens dat de onderneming die voorheen opdrachtnemer was van de in het hoofdingaan aan de orde zijnde opdracht voor openbaarvervoersdiensten, gelet op de door de aanbestedende dienst opgelegde technische en milieunormen, zelf verplicht zou zijn geweest om haar bedrijfsmiddelen in de nabije toekomst te vervangen, indien zij voor deze opdracht een inschrijving had ingediend en de opdracht haar was gegund. In deze context vormt het feit dat er geen bedrijfsmiddelen zijn overgedragen, voor zover dit het gevolg is van wettelijke, technische of milieurequirements, niet noodzakelijkerwijs een beletsel voor de kwalificatie van de overname van de betrokken activiteit als 'overgang van onderneming' in de zin van artikel 1 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.

In dit verband moet er in de eerste plaats op worden gewezen dat uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de nieuwe exploitant in wezen dezelfde busvervoersdienst verzorgt als de vorige onderneming, alsook dat die niet is onderbroken en waarschijnlijk grotendeels op dezelfde lijnen en voor dezelfde passagiers wordt geëxploiteerd. In de tweede plaats benadrukt de verwijzende rechter dat de aanwezigheid van ervaren buschauffeurs in een plattelandsgeregione als Oberspreewald-Lausitz doorslaggevend is om de kwaliteit van de betrokken openbaarvervoersdienst te waarborgen. Hij wijst er met name op dat zij voldoende kennis moeten hebben van de lijnen, de dienstregelingen in het bestreken gebied en de tariefregelingen, alsmede van de andere regionale buslijnen, spoorweglijnen en bestaande verbindingen, teneinde niet alleen vervoersbewijzen te kunnen verkopen, maar ook de passagiers de informatie te kunnen verstrekken die zij nodig hebben om hun geplande reis te kunnen maken.

Conclusie

Gelet op alle voorgaande overwegingen moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat artikel 1 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een economische eenheid in het kader van een overname, volgens een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, van een activiteit waarvan de uitoefening aanzienlijke bedrijfsmiddelen vereist, die bedrijfsmiddelen – die eigendom zijn van de economische eenheid die deze activiteit voorheen uitoefende – niet overneemt wegens door de

aanbestedende dienst opgelegde wettelijke, technische en milieueisen, niet noodzakelijkerwijs een belemmering vormt voor de kwalificatie van deze overname van bedrijfsactiviteiten als overgang van onderneming, voor zover op grond van andere feitelijke omstandigheden, zoals de overname van de meerderheid van het personeel en de voortzetting, zonder onderbreking van die activiteit, kan worden vastgesteld dat de identiteit van de betrokken economische eenheid behouden is, hetgeen de verwijzende rechter dient te beoordelen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 27-02-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:121

Zaaknummer: C-298/18

Rechters: M. Vilaras, S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe en N. Piçarra

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek werknemer is het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van werkgever door werknemer onvoldoende ruimte en vertrouwen te geven om zijn werk op de oude standplaats te hervatten na daartoe door de kantonrechter in kort geding te zijn veroordeeld.*Feiten*

Werknemer is op 15 januari 2002 bij Centric Netherlands B.V. (hierna: Centric) in dienst getreden. Laatstelijk was hij werkzaam in IJsselstein in de functie van managing director van Centric Staffing Services. In een gesprek op 17 juli 2019 heeft de bestuurder van Centric te kennen gegeven dat werknemer per direct was vrijgesteld van arbeid en dat zou worden aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft hiertegen geprotesteerd. Op 9 september 2019 heeft de kantonrechter de dag van behandeling van het door werknemer tegen Centric aangespannen – tot wedertewerkstelling strekkende – kort geding bepaald op 23 oktober 2019. Werknemer werd vervolgens door Centric verzocht op 10 oktober 2019 op het kantoor van Centric Holding in Gouda te verschijnen om daar voor 2020 een businessplan met bijbehorende begroting voor zijn unit op te stellen. Op 7 november 2019 heeft de kantonrechter in de kortgedingprocedure Centric geboden de op non-actiefstelling van werknemer als managing director van Centric Staffing Services op te heffen en werknemer toe te laten tot zijn werkzaamheden. Centric heeft dit niet toegestaan en verzocht werknemer zich te melden op het kantoor van Centric Holding in Gouda. Werknemer heeft te kennen gegeven dat hij niet in Gouda zal verschijnen. Om verdere escalatie te voorkomen zal hij ook niet trachten zijn werkzaamheden in IJsselstein te hervatten. Werknemer verzoekt onder meer de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van Centric.

Oordeel

Het ontbindingsverzoek van werknemer komt op grond van artikel 7:671c BW voor toewijzing in aanmerking. Tijdens het gesprek op 17 juli 2019 lijkt Centric zich nauwelijks rekenschap te hebben gegeven van het feit dat werknemer voorafgaand aan dit gesprek meer dan 18 jaar bij Centric had gewerkt zonder dat hij in negatieve zin was aangesproken op zijn functioneren. Naar de kantonrechter heeft begrepen, werden onder meer vraagtekens gezet bij de loyaliteit van werknemer. Het unheimische gevoel dat Centric daarbij had, is zij eigenlijk niet meer kwijtgeraakt. Juist in dit licht bezien heeft het de kantonrechter enigszins verbaasd dat na de dagbepaling van het kort geding, Centric werknemer heeft uitgenodigd om zijn werkzaamheden weer te hervatten op het kantoor van Centric Holding in Gouda. Na het

kortgedingvonnis is werknemer opnieuw door Centric uitgenodigd om op het kantoor in Gouda zijn werkzaamheden te hervatten. Werknemer heeft zich steeds tegen een werkhervatting in Gouda verzet. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werknemer dit op goede gronden kunnen doen. Tevens is door de kantonrechter in het kortgedingvonnis aangegeven dat naar zijn voorlopig oordeel Centric werknemer weer diende toe te laten tot al zijn taken en bevoegdheden en dat partijen vanuit die positie nader met elkaar in gesprek dienden te gaan. Centric heeft niet op juiste wijze uitvoering gegeven aan het kortgedingvonnis. Gelet op het voorgaande kan de kantonrechter niet anders concluderen dan dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van Centric. Dit rechtvaardigt de toekenning van een billijke vergoeding. Gelet op alle omstandigheden van dit geval zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 200.000 bruto en de ontbindingsdatum bepalen op 1 juli 2020 met inachtneming van de opzegtermijn van vier maanden.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 27-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:1671

Zaaknummer: 8171039 EJ VERZ 19-85956

Rechters: J.C. Gerritse

Advocaten: P. de Boer en S.B. Bijkerk

Wetsartikelen: 7:653 BW, 7:669 BW, 7:671c BW, 7:672 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Statutair bestuurder is bevoegd geweest namens werkgever eigen arbeidsovereenkomst te ondertekenen. Schending concurrentie- en geheimhoudingsbeding resulteert in een boete van circa € 340.000.*Feiten*

Werknemer was sedert de oprichting betrokken bij werkgeefster. Vanaf 21 mei 2007 was hij statutair bestuurder. Op of omstreeks 1 januari 2015 heeft werknemer zowel namens werkgeefster als ‘werkgever’ als voor zichzelf als ‘werknemer’ een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor de functie van commercieel directeur ondertekend. De arbeidsovereenkomst bevat een geheimhoudingsbeding en een concurrentiebeding. Op 19 december 2016 is werknemer tijdens een gesprek geconfronteerd met een ontstane situatie welke volgens werkgeefster aanleiding zou kunnen geven tot ontslag op staande voet van werknemer. Werknemer heeft vervolgens een verklaring ondertekend waarin wordt aangegeven dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan mismanagement, omdat door hem ‘vele malen contante verkopen hebben plaatsgevonden’, ‘waarbij deze verkopen niet in de boekhouding zijn verantwoord (“zwarte verkopen”)', met schade voor werkgeefster tot gevolg. In de verklaring neemt werknemer ontslag als directeur. Werknemer is nadien voor twee gelijksoortige bedrijven werkzaam geweest. Werkgeefster vordert thans veroordeling van werknemer tot betaling van een boetebedrag, onder meer vanwege schending van het concurrentie- en geheimhoudingsbeding.

*Oordeel**Schending concurrentie- en geheimhoudingsbeding*

Werknemer heeft niet gemotiveerd weersproken dat hij vanaf 26 januari 2017 als aandeelhouder betrokken is geweest bij IWS en dat IWS activiteiten ontplooit die gelijksoortig zijn aan die van werkgeefster. Dat er in zoverre sprake was van een voortdurende schending van het concurrentiebeding is evident. Werknemer heeft 334 dagen in strijd gehandeld met voornoemd beding, waardoor hij een boetebedrag van € 334.000 aan werkgeefster verschuldigd is. Dat werknemer tevens bij een ander bedrijf werkzaam is geweest, maakt niet dat de boete tweemaal per dag verschuldigd zou zijn. Werknemer hoefde op een dergelijke voor hem bezwarende uitleg van het concurrentie- en boetebeding niet bedacht te zijn. Dat werknemer het geheimhoudingsbeding heeft geschonden en daardoor in beginsel een boete van € 5.000 aan werkgeefster verschuldigd is geraakt, is niet gemotiveerd door hem weersproken. Ook dat bedrag is derhalve verschuldigd.

Geldigheid arbeidsovereenkomst

Werknemer heeft aangevoerd dat hij nimmer als werknemer bij werkgeefster in dienst is geweest, zodat hij niet aan de in geschil zijnde bedingen gebonden is. Er was volgens hem geen sprake van een gezagsverhouding. De rechtbank gaat hier niet in mee. Met werkgeefster is de rechtbank van oordeel dat werknemer destijds als statutair bestuurder van werkgeefster bevoegd was om de arbeidsovereenkomst namens werkgeefster te ondertekenen. Het lag in de rede om de arbeidsvoorwaarden tussen partijen schriftelijk vast te leggen, temeer met het oog op het toetreden van andere aandeelhouders. Gelet op de positie die werknemer binnen de onderneming innam, zou het van slecht ondernemerschap hebben getuigd om hem niet te binden aan een concurrentie- en geheimhoudingsbeding. Uit de arbeidsovereenkomst zelf blijkt voorts dat partijen zich hiervan bewust zijn geweest. Werknemer was immers, ook in zijn eigen visie, binnen de onderneming de man met de relevante kennis van zaken en met de commerciële contacten. Of al dan niet sprake is van een gezagsverhouding tussen werkgeefster en werknemer als een van haar statutair bestuurders is niet relevant. Ook bij gebreke van een gezagsverhouding lag het in de rede om een concurrentiebeding en een geheimhoudingsbeding, beide versterkt met een boetebeding, overeen te komen. Bij gebreke daarvan zou het voor een externe partij immers niet aantrekkelijk zijn geweest om te investeren in een participatie in werkgeefster. Kortom, werknemer heeft zich bewust gebonden aan zowel het concurrentiebeding als het geheimhoudingsbeding.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:1604

Zaaknummer: C/10/557626 / HA ZA 18-824

Rechters: C. Bouwman, A.S. Arnold en C. Sikkel

Advocaten: R.A. van Huussen en P.H. de Bruin

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Het belang van werknemster, tegenover het belang van werkgever bij een door de COR geaccordeerde Mobiliteitsregeling, moet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wijken. Op grond van goed werkgeverschap is werkgever wel gehouden een financiële compensatie te betalen voor 'het verlies' van de leaseauto na 31 jaar.

Feiten

Werkneemster treedt op 1 maart 1988 in dienst bij Ingenieursbureau Diekstra B.V. Sindsdien heeft zij steeds beschikking gehad over een leaseauto. Na enkele fusies komt werkneemster op 1 januari 2018 van rechtswege in dienst bij Arcadis Nederland B.V. (hierna: Arcadis). Op de arbeidsovereenkomst van werkneemster met Arcadis is de Arcadis-cao van toepassing. In deze cao is onder meer geregeld dat een Mobiliteitsregeling is vastgesteld die onder andere voorziet in het gebruik van leaseauto's. In de Mobiliteitsregeling d.d. oktober 2011 is geregeld dat een werknemer in aanmerking kan komen voor een leaseauto wanneer per kalenderjaar structureel meer dan 15.000 dienstkilometers worden gereden. In 2012 en 2013 worden de aanvragen van werkneemster voor een nieuwe leaseauto gehonoreerd. In mei 2018 is het structureel aantal gereden dienstkilometers verhoogd naar 17.500 per kalenderjaar.

Werkneemster vraagt op 29 juni 2018 een nieuwe leaseauto aan en vult onder meer in dat zij verwacht 5.000 zakelijke kilometers te gaan rijden. De directeur van Arcadis wijst het verzoek van werkneemster op 2 juli 2018 af. Werkneemster vordert onder meer voor recht te verklaren dat de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde met betrekking tot de aan werkneemster ter beschikking gestelde leaseauto niet rechtsgeldig is.

Oordeel

In de Mobiliteitsregeling is een specifiek op de verstrekking van leaseauto's gericht wijzigingsbeding opgenomen. Vast staat dat de aanvraag van werkneemster van 29 juni 2018 voor een leaseauto niet voldoet aan het criterium zoals vermeld in de Mobiliteitsregeling. Daar komt bij dat werkneemster de leaseauto niet nodig heeft voor de uitoefening van haar functie. Bovendien blijkt uit de aanvragen van 28 april 2013 en 29 juni 2018 dat het privégebruik van werkneemster beperkt is. De kantonrechter acht in dit kader van belang dat de Mobiliteitsregeling onderdeel is van de Arcadis-cao en is vastgesteld met instemming van de COR. Naar het oordeel van de kantonrechter mocht werkneemster er dan ook niet op vertrouwen dat zij ook na 29 juni 2018 in aanmerking zou komen voor een leaseauto, dan wel dat zij sinds 1988 een onvoorwaardelijk (verworven) recht heeft op het gebruik van een leaseauto gedurende haar gehele dienstverband bij Arcadis. De kantonrechter stelt eveneens

vast dat werknemster de berekening van Arcadis van haar nettoinkomen niet gemotiveerd heeft weersproken, zodat wordt aangenomen dat het nettoinkomen van werknemster (bij verlies van de leaseauto) met € 446,51 per maand stijgt. Daartegenover staat dat Arcadis de door werknemster ter zitting gestelde maandelijkse kosten voor private lease van een soortgelijke auto, vermeerderd met benzinekosten, niet (gemotiveerd) heeft weersproken, zodat wordt aangenomen dat werknemster per maand ten minste € 779 dient te betalen voor een private lease auto. Daarbij dient dan nog wel te worden betrokken dat werknemster voor haar woon-werkverkeer en overige zakelijk gereden kilometers aanspraak kan maken op vergoeding op basis van de desbetreffende regelingen bij Arcadis. Hoewel in dit geval dus sprake is van een reëel financieel nadeel voor werknemster is de kantonrechter van oordeel dat haar belang, tegenover het belang van Arcadis bij een uniforme, duidelijke en door de COR geaccordeerde Mobiliteitsregeling, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken, met dien verstande dat Arcadis op grond van goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW wel gehouden is een financiële compensatie te betalen voor 'het verlies' van de leaseauto na 31 jaar.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:1168

Zaaknummer: 7745211

Rechters: S.E. Sijsma

Advocaten: J.C. Zevenberg en A. Bakker

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:613 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer is een gematigde boete verschuldigd aan werkgever wegens het (onbewust) overtreden van het geheimhoudingsbeding door een WhatsApp-bericht naar dertig klanten te versturen met gegevens over levertijden, kwaliteit en service van producten van werkgever.*Feiten*

Werknemer heeft tot 8 juli 2019 gewerkt bij werkgever als verkoper/algemeen medewerker. In de arbeidsovereenkomst is een geheimhoudingsbeding opgenomen, waarin is geformuleerd dat geen mededeling gedaan mag worden betreffende kennis met betrekking tot zaken en belangen van de bedrijven van de werkgever, zijn klanten of andere relaties. Op 12 juli 2019 heeft werknemer aan een groep van ongeveer dertig klanten van werkgever een WhatsApp-bericht gestuurd, waarin hij hun laat weten niet meer voor werkgever te werken en aan de slag te gaan bij een andere werkgever. Het WhatsApp-bericht bevat tevens informatie over levertijden, kwaliteit en service en de kwaliteit van producten. Per brief van 19 juli 2019 is werknemer door werkgever gesommeerd om € 200.000 te betalen als gevolg van de overtreding van het geheimhoudingsbeding door dit WhatsApp-bericht. Per brief van 22 juli 2019 heeft werknemer aangegeven dat er geen sprake is van een overtreding van het geheimhoudingsbeding. Werkgever vordert onder meer een verklaring voor recht dat werknemer het geheimhoudingsbeding heeft geschonden en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Daarnaast vordert werkgever werknemer te veroordelen € 200.000 te betalen aan werkgever.

Oordeel

Werknemer neemt ten onrechte tot uitgangspunt dat alleen sprake kan zijn van schending van het geheimhoudingsbeding als geheime informatie lekt. Deze interpretatie van het beding wordt niet ondersteund door het geheimhoudingsbeding dat in brede zin is geformuleerd. In het WhatsApp-bericht staat immers informatie over levertijden, kwaliteit en service en de kwaliteit van producten. Werkgever heeft echter niet kunnen toelichten om welke reden twintigmaal de boete van € 10.000 wordt gevorderd. Alleen al om die reden zal het bedrag van € 200.000 niet kunnen worden toegewezen. Ter beoordeling ligt daarom verder nog of een boete van € 10.000 is verschuldigd door werknemer. In de eerste plaats is niet gebleken dat werkgever heeft geleden onder het WhatsApp-bericht van werknemer. Ter zitting heeft werkgever toegelicht dat zijn bedrijf en de omzet daarvan goed loopt en dat zijn bedrijf geen nadeel heeft ondervonden van het bericht van werknemer. Werknemer heeft verklaard dat hij

financieel ernstig gedupeerd zou zijn als hij de volledige boete zou moeten betalen. Hij is kostwinner en heeft op dit moment geen werk, zodat zijn gezin rond moet komen van een uitkering. Verder heeft werknemer aangegeven spijt te hebben van het rondsturen van het bericht en hij heeft dit ook concreet doen blijken door er enkele dagen later een excuusbericht achteraan te sturen. Ten slotte bestaat er een wanverhouding tussen de boete en het salaris dat werknemer verdiende bij werkgever, namelijk € 3.500 bruto per maand. Om al deze redenen wordt de boete gematigd tot € 1.000. De gevorderde verklaring voor recht wordt afgewezen. Het belang van een afzonderlijke verklaring voor recht is niet gesteld. Voor de stelling dat werknemer een onrechtmatige daad heeft gepleegd is overigens ook onvoldoende gesteld.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:1139

Zaaknummer: 8101784

Rechters: S.E. Sijsma

Advocaten: G.C. Haulussy en E.N. Mulder

Wetsartikelen: 7:650 BW

RECHTSPRAAK

Functie Sectiechef Veiligheid valt niet onder de Seniorenregeling. Er is geen sprake van strijd met goed werkgeverschap of sprake van leeftijdsdiscriminatie op grond van de WGBL.*Feiten*

Werknemer is op 1 april 1985 bij RET voor onbepaalde tijd in dienst getreden in de functie van Controleur Openbaar Vervoer (hierna: COV). Vanaf 1 juni 2002 is werknemer bij RET werkzaam geweest als Coördinator Controleur Openbaar Vervoer (hierna: CCOV) en sinds enkele jaren is werknemer werkzaam in de functie van Sectiechef Veiligheid. Na instemming van de ondernemingsraad heeft RET bij besluit van 8 augustus 2008 de Seniorenregeling 2008 vastgesteld met ingang van 1 januari 2009 (hierna: de Seniorenregeling). Deze regeling is op vrijwillige basis van toepassing op enkele specifieke functies. Bij brief van 15 mei 2014 heeft een aantal werknemers, welke werknemers de functie van CCOV bekleedden, onder wie werknemer, de leden van de ondernemingsraad benaderd met het verzoek na te gaan of de functiegroep van CCOV alsnog kan worden opgenomen bij de functiegroepen genoemd in de Seniorenregeling. De ondernemingsraad heeft bij brief te kennen gegeven dat hij unaniem tot de conclusie is gekomen dat hij geen mogelijkheden ziet om de functie van CCOV in de Seniorenregeling op te nemen. Werknemer heeft op 24 januari 2017 bij RET een aanvraag ingediend om met ingang van 25 maart 2017 (de datum waarop hij de 54-jarige leeftijd bereikte) tot de Seniorenregeling te worden toegelaten. Bij brief van 31 januari 2017 heeft RET het verzoek van werknemer tot toepassing van de Seniorenregeling afgewezen. Namens werknemer is bij brief van 29 juni 2017 RET nogmaals verzocht om werknemer vanaf zijn 54ste onder de Seniorenregeling te laten vallen. Bij brief van 10 augustus 2017 heeft RET het verzoek van werknemer tot toepassing van de Seniorenregeling wederom afgewezen. De kantonrechter heeft in eerste aanleg onder meer geoordeeld dat er geen grond is om de functie van werknemer onder het toepassingsbereik van de Seniorenregeling te laten vallen. In hoger beroep staat de vraag centraal of het niet toepassen van de Seniorenregeling op zijn functie primair in strijd is met het goed werkgeverschap en subsidiair met de Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna: WGBL).

*Oordeel**Strijd met goed werkgeverschap?*

Het hof is van oordeel dat de kantonrechter op goede gronden heeft geoordeeld dat RET niet in strijd heeft gehandeld met goed werkgeverschap. De bedoeling van de Seniorenregeling is

het bieden van faciliteiten voor de oudere – voornamelijk op straat, dat wil zeggen buiten een RET-vestiging werkende – werknemers, die extra moeten herstellen van de spanning en druk (onder meer) ten gevolge van protesterende, intimiderende en bedreigende reizigers. De functie-inhoud van de functie van werknemer is wezenlijk anders dan die van werknemers die vallen onder de Seniorenregeling. De functie van werknemer is ingedeeld in een hogere schaal dan medewerkers die vallen onder de Seniorenregeling. Evenmin kan worden aangenomen dat een substantieel deel van het werk van werknemer buiten de RET-vestiging plaatsvindt. Dat werknemer evenals de COV'ers werkt in ploegendienst en in geval van incidenten als laatste naar huis kan gaan wanneer zich een agressie-incident voordoet, kan niet leiden tot de conclusie dat zijn functie in zwaarte vergelijkbaar is met de uitvoerende functies waarvoor de Seniorenregeling geldt.

Strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid?

De Seniorenregeling maakt weliswaar direct onderscheid op grond van leeftijd, in die zin dat de regeling slechts geldt voor werknemers van 54 jaar en ouder, maar werknemer zit ook in deze leeftijdscategorie. Zoals het hof hiervoor heeft geoordeeld, valt (de functie van) werknemer naar objectieve maatstaven niet onder de Seniorenregeling. Werknemer heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die de conclusie kunnen rechtvaardigen dat jegens hem sprake is van onderscheid op grond van leeftijd/strijd met de WGBL. Het beroep op de uitspraak van het Hof van Justitie van 22 januari 2019 (ECLI:EU:C:2019:43), die volgens werknemer zou moeten leiden tot de conclusie dat de RET verplicht is tot 'leveling up', kan evenmin slagen. Het effect van 'leveling up' zou in principe zijn dat werknemers die vanwege hun leeftijd niet onder de Seniorenregeling vallen, daaraan toch rechten kunnen ontleen. Werknemer valt echter al in de leeftijdscategorie van de Seniorenregeling.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:270

Zaaknummer: 200.251.879/01

Rechters: C.J. Frikkee, S.R. Mellema en A.J.P. van Beurden

Advocaten: S.O. Voogt en A. Birkhoff

Wetsartikelen: 7:611 BW, 3 WGBLA en 13 WGBLA

RECHTSPRAAK

Werkgever heeft geen verhaalsrecht op de betaalde pensioenpremie van een bij een verkeersongeval betrokken, arbeidsongeschikte werknemer. De gevorderde buitengerechtelijke (incasso)kosten worden gedeeltelijk toegewezen. Vervolg na antwoord prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.*Feiten*

In 2007 is werknemer, in dienst van C. Steinweg-Handelsveem B.V. (hierna: Steinweg), betrokken geraakt bij een verkeersongeval en daardoor arbeidsongeschikt geraakt. Steinweg heeft haar verzekeraar, HDI-Gerling Verzekeringen N.V. (hierna: HDI), aansprakelijk gesteld voor de loonschade die zij ten gevolge van het ziekteverzuim van haar werknemer heeft geleden. Partijen zijn het niet eens geworden over de vraag of HDI ook aansprakelijk is voor de pensioenpremies die Steinweg ten behoeve van werknemer heeft afgedragen tijdens de periode van diens ziekteverzuim. Grief 1 richt zich tegen de beslissing van de kantonrechter dat het verhaalsrecht van Steinweg slechts ziet op het door Steinweg betaalde nettoloon. In een tussenarrest van 26 februari 2019 heeft het hof aan de Hoge Raad verzocht een tweetal prejudiciële vragen te beantwoorden over de omvang van het verhaalsrecht. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 15 november 2019 antwoord gegeven op de gestelde vragen: “Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag luidt (...) dat het werknemersgedeelte van de pensioenpremie die de werkgever verplicht heeft afgedragen tijdens ziekte of arbeidsongeschiktheid van een werknemer, valt onder het loonbegrip van art. 6:107a BW. Het werkgeversgedeelte van de pensioenpremie valt niet onder dit loonbegrip. Het antwoord op de tweede vraag luidt dat art. 6:107a lid 2 BW zo moet worden uitgelegd dat de werkgever geen verhaalsrecht heeft voor het werknemersgedeelte van de pensioenpremie. Verhaal voor het werkgeversgedeelte van de pensioenpremie is alleen al daarom niet mogelijk omdat dit gedeelte van de pensioenpremie niet valt onder het loonbegrip van art. 6:107a BW.” Grief 2 richt zich tegen de hoogte van het door de kantonrechter toegewezen bedrag aan buitengerechtelijke kosten. Grief 3 richt zich tegen de afwijzing door de kantonrechter van de door Steinweg gevorderde buitengerechtelijke incassokosten.

Oordeel

Uit de antwoorden van de Hoge Raad volgt dat grief 1 moet worden verworpen. Anders dan de kantonrechter is het hof ten aanzien van de hoogte van de buitengerechtelijke kosten van oordeel dat Steinweg de door BMA ten behoeve van haar verrichte werkzaamheden, en de daaraan bestede tijd, voldoende heeft gespecificeerd en onderbouwd. Het hof acht het

tijdschrijven en declareren door BMA op basis van tijdseenheden van tien minuten op zichzelf niet onredelijk. Verder is het hof met Steinweg van oordeel dat een tijdsbesteding van 31,2 uur over een periode van ruim drie jaar in deze zaak evenmin onredelijk kan worden geacht. Steinweg heeft voldoende gemotiveerd welke discussiepunten tussen partijen in deze zaak hebben gespeeld, die een dergelijke tijdsbesteding rechtvaardigen. Naar het oordeel van het hof is sprake van specialistische werkzaamheden die een meer dan gemiddeld niveau van (specialistische) kennis en vaardigheden vereisen. Het hof acht een uurtarief van € 150 voor deze werkzaamheden redelijk en passend. Wat betreft het uurtarief van de advocaat, die aan het eind van de zaak met betrekking tot de nog openstaande posten ruim zes uur aan bestudering van het dossier heeft besteed, acht het hof het in rekening gebrachte tarief van € 180 alleszins redelijk. Grief 3 slaagt gedeeltelijk. Het hof is ten aanzien van de buitengerechtelijke incassokosten van oordeel dat Steinweg voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is geweest van werkzaamheden die een vergoeding op de voet van Voor-werk II rechtvaardigen. Bij de hoogte van deze kosten houdt het hof er echter rekening mee dat de door BMA in dit verband verrichte werkzaamheden niet alleen zijn gedaan ten behoeve van Steinweg, maar ook nog zien op een negental andere zaken.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:222

Zaaknummer: 200.197.908/01

Rechters: J.M.T. van der Hoeven-Oud, D. Wachter en P. Kuipers

Advocaten: J. Thiele en N.C. Haase

Wetsartikelen: 6:96 BW en 6:107a BW

RECHTSPRAAK

Verstoorde arbeidsverhouding blijkt uit de omvang van de uitgewisselde stukken en de felheid waarmee partijen elkaar standpunt bestrijden.*Feiten*

Werkneemster is op 1 november 2011 in dienst getreden van VEON. In 2015 heeft VEON een reorganisatie ingezet. Een van de doelen van de reorganisatie is een daling van het personeelsbestand en de daaraan gerelateerde kosten. Op 12 december 2016 heeft VEON aan werkneemster medegedeeld dat haar functie zou vervallen. Van oktober 2017 tot en met maart 2018 heeft werkneemster zwangerschapsverlof genoten. VEON heeft op 10 april 2018 een verzoek ingediend bij het UWV ter verkrijging van een ontslaanvraag wegens reorganisatie, hetgeen zij vervolgens heeft ingetrokken. Van 11 april 2019 tot 10 juni 2019 was werkneemster arbeidsongeschikt. Vanaf 8 maart 2019 is zij gaan re-integreren. Vanaf het moment van hersteldmelding op 10 juni 2019 is werkneemster vrijgesteld van werkzaamheden. Op 11 juni 2019 heeft VEON opnieuw een ontslaanvraag ingediend bij het UWV op bedrijfseconomische gronden. Het UWV heeft toestemming geweigerd, omdat volgens het UWV niet kan worden vastgesteld dat de functie en daarmee de arbeidsplaats van werkneemster is komen te vervallen. VEON verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de a-grond, subsidiair op de g-grond.

Oordeel

Partijen hebben uitgebreid gedebatteerd over het al dan niet bestaan van de a-grond. De kantonrechter acht het opportuun de juistheid van de wederzijdse stellingen van partijen op dit punt in het midden te laten omdat, ook al zou werkneemster het bij het rechte eind hebben, de arbeidsovereenkomst hoe dan ook op de navolgende gronden dient te worden ontbonden vanwege een verstoorde arbeidsverhouding. VEON heeft naar voren gebracht dat de verhoudingen ernstig zijn verstoord, alleen al door de wijze waarop werkneemster zich verweert in de onderhavige procedure en in de eerder bij het UWV gevoerde procedure. Vanzelfsprekend is het het goed recht van een werknemer om zich te verweren tegen het standpunt van een werkgever dat de functie is komen te vervallen, maar gelet op de wijze waarop werkneemster heeft gemeend deze strijd te moeten voeren, is ook de conclusie van de kantonrechter dat niet langer voorstelbaar is dat nog vruchtbaar kan worden samengewerkt. Alleen al naar aanleiding van de omvang van de tussen partijen uitgewisselde stukken en de felheid waarmee partijen elkaars standpunt bestrijden moet worden vastgesteld dat de verhoudingen tussen partijen zijn verstoord. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1101

Zaaknummer: 8157741

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: M.M. Govaert en M. Faber

Wetsartikelen: 7:669 BW , 7:669 lid 3 sub a BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:671b BW en 12
Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

Werknemer wiens arbeidsongeschiktheid is toegenomen tijdens slapend dienstverband, heeft geen recht op een verhoging van de premievrije voortzetting van zijn pensioenopbouw.*Feiten*

Werknemer is in 1997 in dienst getreden bij een bakkersbedrijf en werd daarmee deelnemer bij het wettelijk verplichte bedrijfspensioenfonds. Op 30 november 1999 is werknemer ziek geworden en met ingang van 28 november 2000 is hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt verklaard in de zin van de WAO, waarna hem een WAO-uitkering is toegekend en uitbetaald, gebaseerd op arbeidsongeschiktheidsklasse 35-45 %. Na een nieuwe ziekmelding heeft de verzekeringsarts op 27 september 2002 vastgesteld dat er op dat moment sprake was van een urenbeperking. Dit heeft geleid tot een beslissing van UWV van 25 april 2003, waarbij de arbeidsongeschiktheid van werknemer met ingang van 25 oktober 2002 is vastgesteld op 80-100% en zijn WAO-uitkering met ingang van die datum is herzien. De mate van arbeidsongeschiktheid is door het UWV na 2008 nader vastgesteld op 65-80%. Werknemer is in 2008 in WSW-verband weer gaan werken en bouwt in dat kader pensioen op bij het pensioenfonds PWRI te Heerlen. Het bedrijfspensioenfonds heeft na 28 november 2000 de pensioenopbouw bij het fonds premievrij voortgezet met een opbouwpercentage van 40%, gebaseerd op artikel H1 van het destijds geldende pensioenreglement. In het pensioenreglement is een hardheidsclausule opgenomen. Het bestuur van het bedrijfspensioenfonds heeft in juli 2016 het verzoek van werknemer afgewezen om hem per 25 oktober 2002 een verhoogde (volledige) premievrije voortzetting van zijn pensioenopbouw toe te kennen. Werknemer heeft tegen dit besluit beroep aangetekend bij de geschillencommissie van de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Bakkersbedrijf, hetgeen is afgewezen. Werknemer heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat het bedrijfspensioenfonds kort gezegd is gehouden om werknemer per 25 oktober 2002 een verhoging van de premievrije pensioenopbouw toe te kennen en de verhoging met terugwerkende kracht door te voeren. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Werknemer komt op tegen het vonnis.

Oordeel

De eerste grief heeft betrekking op de primaire stelling van werknemer dat hij op 25 oktober 2002 nog in dienst was van Bakkerij en op die grond als deelnemer in het pensioenfonds moet worden aangemerkt en recht heeft op 100% premievrije voortzetting van de pensioenopbouw overeenkomstig het pensioenreglement. Het hof stelt voorop dat het pensioenreglement moet

worden uitgelegd aan de hand van de cao-norm. De stelling van werknemer komt erop neer dat hij, zolang hij een dienstverband heeft met een aangesloten werkgever, recht heeft op verhoging van de premievrije pensioenopbouw indien sprake is van toegenomen arbeidsongeschiktheid. Het hof verwerpt die uitleg. Het hof legt het artikel zo uit dat bij een gedeeltelijke arbeidsongeschikte deelnemer die niet langer feitelijk werkzaam is in de bakkersbranche, de toename van de arbeidsongeschiktheid op een moment dat geen loonaanspraken meer bestaan jegens een aangesloten werkgever, niet tot een hogere premievrije voortzetting van de pensioenopbouw leidt. Direct voorafgaande aan de dag met ingang waarvan aan werknemer de verhoogde WAO-uitkering werd toegekend – 25 oktober 2002 – had werknemer geen aanspraak meer op loon van Bakkerij of een andere aangesloten werkgever en evenmin had hij op dat moment een WW-uitkering uit het Wachtgeldfonds, zodat de toegenomen arbeidsongeschiktheid geen aanspraak geeft op een verhoging van de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw. De vraag of het dienstverband van werknemer met Bakkerij op 25 oktober 2002 al dan niet formeel was beëindigd behoeft het hof dan ook niet te beantwoorden. Het beroep op de hardheidsclausule wordt daarnaast verworpen. Het hof onderschrijft de door de kantonrechter aangelegde, terughoudende, toetsingsmaatstaf of het bedrijfspensioenfonds gebruik had moeten maken van de hardheidsclausule. Het eenmalig onjuiste pensioenoverzicht van 2012 levert daarvoor geen grond op.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:1562

Zaaknummer: 200.246.017/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en D.H. de Witte

Advocaten: E. Luttjens en I.A.W. van den Broek

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Werkgever heeft weliswaar niet ernstig verwijtbaar gehandeld, maar was wel gehouden op grond van goed werkgeverschap in te stemmen met het desbetreffende voorstel van werknemer tot beëindiging van zijn (slapende) dienstverband onder toekenning van een vergoeding.*Feiten*

Werknemer is op 13 mei 1991 bij Pax Bouw- en Industrieservice B.V. (hierna: Pax) in dienst getreden. Op 21 december 2010 is werknemer arbeidsongeschikt uitgevallen. Begin 2011 heeft werknemer een operatie ondergaan. In maart 2012 heeft Pax arbeidskundig onderzoek laten verrichten. Daaruit kwam voort dat er voor werknemer geen re-integratiemogelijkheden bij Pax waren. In augustus 2012 heeft Pax een tweedespoortraject ingezet. Dit traject is geëindigd in november 2012 toen duidelijk werd dat werknemer opnieuw geopereerd zou moeten worden. In het najaar van 2014 heeft Pax aan werknemer het aanbod gedaan tot een proefplaatsing. De proefplaatsing heeft echter geen doorgang gevonden. Pax heeft vervolgens op 19 maart 2015 een aanvraag bij het UWV ingediend om de arbeidsovereenkomst met werknemer te mogen beëindigen. Het UWV heeft bij beslissing van 4 augustus 2015 het verzoek van Pax geweigerd. Werknemer heeft Pax vervolgens verzocht om te werk gesteld te worden in de functie van transportbegeleider. Pax heeft dat bij brief van 4 september 2015 geweigerd en werknemer een andere functie aangeboden. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat deze andere functie voor hem niet passend was. Pax heeft hierna een extern arbeidskundig onderzoek door Heling & Partners laten instellen. Bij rapport van 25 mei 2016 heeft Heling & Partners geconcludeerd dat beide functies niet passend zijn voor werknemer. Werknemer verzoekt primair om de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van een bedrag ter hoogte van € 63.624 aan transitievergoeding dan wel als billijke vergoeding. Subsidiair verzoekt werknemer om Pax te veroordelen tot het betalen van een (schade)vergoeding van € 51.955 op grond van artikel 7:611 BW.

Oordeel

Het verzoek van werknemer tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden gehonoreerd. Weliswaar is sprake van een slapend dienstverband waarbij Pax na 2015 kennelijk geen pogingen (meer) heeft ondernomen om het dienstverband te beëindigen, maar dat leidt op zichzelf niet tot de conclusie dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Pax. Dat Pax thans niet mee wenst te werken aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst met betaling van een transitievergoeding, omdat zij verwacht dat zij de kosten daarvan niet gecompenseerd zal kunnen krijgen via de Wet compensatieregeling

transitievergoeding (art. 7:673e BW), maakt het voorgaande niet anders. De werkgever is op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW gehouden om in te stemmen met een verzoek van de werknemer tot beëindiging met wederzijds goedvinden onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding, maar de weigering door de werkgever wordt niet als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aangemerkt. Het voorgaande leidt ertoe dat aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten gunste van werknemer geen transitievergoeding of billijke vergoeding zal worden verbonden. Werknemer wenst echter beëindiging van het dienstverband met toekenning van een vergoeding en Pax is hierin niet meegegaan. Pax heeft geen redelijk belang bij voortduring van het dienstverband. Uit de uitspraak van 8 november 2019 (Xella) volgt dat Pax op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW was gehouden in te stemmen met het desbetreffende voorstel van werknemer tot beëindiging met toekenning van een vergoeding. Op grond hiervan oordeelt de kantonrechter dat Pax aan werknemer een vergoeding op grond van artikel 7:611 BW verschuldigd is.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 21-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:912

Zaaknummer: 8237997 AR VERZ 19-11

Rechters: R. Giltay

Advocaten: B. van Dijk en D. Lacevic

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:669 BW, 7:671c BW, 7:673 BW en 7:673e BW

RECHTSPRAAK

Unikon heeft ernstig verwijtbaar gehandeld door werkneemster ernstige, niet onderbouwde of bewezen, verwijten te maken.*Feiten*

Werkneemster is met ingang van 1 januari 2018 in dienst bij Unikon. Bij brief d.d. 5 april 2019 heeft de algemeen directeur van Unikon aan werkneemster bericht dat hij op 3 april 2019 heeft geconstateerd dat werkneemster probeert medewerkers te betrekken in haar pogingen om hen tegen de directie op te zetten en probeert om de diverse directieleden tegen elkaar op te zetten. Werkneemster heeft hierop gereageerd door aan te geven dat zij zich hierin niet herkent en dat er veel onrust is op de werkvloer door aanvaringen die er zouden zijn geweest tussen de algemeen directeur en de verkoopafdeling. Op 8 april 2019 heeft werkneemster zich ziekgemeld. Op 8 april jl. hebben werkneemster en zes andere medewerkers hun ongenoegen ten aanzien van de ontstane werksituatie na de komst van de algemeen directeur geuit en hebben zij hun vertrouwen in de algemeen directeur opgezegd. Unikon heeft hierop gereageerd met de mededeling dat zij heeft begrepen dat werkneemster degene is die de anderen heeft gemobiliseerd. Unikon heeft geconcludeerd dat het 'point of no return' is bereikt. Op advies van de bedrijfsarts heeft er mediation plaatsgevonden, hetgeen niet heeft geleid tot afspraken tussen partijen. Unikon verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

*Oordeel**Verwijtbaar handelen*

Primair heeft Unikon gesteld dat sprake is van verwijtbaar handelen aan de zijde van werkneemster. Hieraan heeft Unikon ten grondslag gelegd dat werkneemster ondanks haar positie als leidinggevende en de eerdere waarschuwingen wegens ondermijnend gedrag, heeft meegewerkt aan het creëren van een situatie waarin de algemeen directeur door het personeel buitenspel is gezet. Werkneemster voert verweer. De kantonrechter overweegt dat niet in geschil is dat werkneemster met X heeft gesproken over de door haar ervaren problemen met (de wijze van leidinggeven) van de algemeen directeur en daarnaast is dit ook besproken in een driegesprek met de algemeen directeur. De handelwijze van werkneemster kan echter niet worden bestempeld als ondermijnend gedrag. Ook is niet gebleken dat werkneemster heeft geprobeerd collega's 'op te zetten' tegen de algemeen directeur. Ontbinding op grond van verwijtbaar handelen wordt afgewezen.

Verstoorde arbeidsverhouding

Unikon stelt subsidiair dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Uit de stellingen die partijen over en weer hebben ingenomen en het feit dat de mediation niet tot oplossingen heeft geleid, volgt dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Dat deze verstoring door Unikon is veroorzaakt doet daar niet aan af.

Billijke vergoeding

Uit de processtukken en hetgeen tijdens de mondelinge behandeling naar voren is gekomen blijkt dat Unikon werknemster bij brief van 5 april 2019 ernstige verwijten maakt die op geen enkele wijze zijn onderbouwd en niet vast zijn komen te staan. Unikon heeft bovendien werknemster niet in de gelegenheid gesteld in gesprek te gaan over de brief van 8 april 2019, maar aangegeven dat 'the point of no return' was gepasseerd. De kantonrechter is van oordeel dat Unikon hiermee ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en toekenning van een billijke vergoeding ligt dan ook in de rede. Hierbij acht de kantonrechter het redelijk een billijke vergoeding van zeven maandsalarissen toe te kennen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:1090

Zaaknummer: 8118521

Rechters: E. Horsthuis

Advocaten: S.W.J. Koenen en C.J. Tijman

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

RECHTSPRAAK

Werknemer heeft bewust roekeloos gehandeld door onder invloed van alcohol te gaan rijden.*Feiten*

Werknemer was als chauffeur in dienst bij werkgeefster toen hij op 3 januari 2014 tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden betrokken raakte bij een eenzijdig ongeval. Werknemer was op dat moment onder invloed van alcohol. De melktankwagen die werknemer bestuurde, is bij het ongeval beschadigd geraak, hetgeen volgens Allianz schade heeft veroorzaakt van € 116.046,46. Dit heeft Allianz (minus het eigen risico) aan werkgeefster vergoed. In het tussenvonnis heeft de kantonrechter werknemer in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren tegen het bewijsvermoeden dat het ongeval te wijten is aan zijn bewuste roekeloosheid omdat hij wist dat hij onder invloed van alcohol was en toch is gaan rijden.

Oordeel

Werknemer heeft als tegenbewijs een rapport in het geding gebracht waar volgens hem uit blijkt dat hij adequaat en snel heeft ingegrepen toen zijn oplegger buiten zijn schuld en onverwachts in de berm terecht was gekomen. Volgens hem heeft de invloed van alcoholgebruik geen enkele rol gespeeld. De kantonrechter is van oordeel dat werknemer hiermee het bewijsvermoeden niet heeft kunnen ontzenuwen. De kantonrechter overweegt hierbij dat in een getuigenverklaring in het proces-verbaal staat vermeld dat het voertuig al slingerde vóórdat het ongeval plaatsvond, en dat het zeer onwaarschijnlijk is dat dit slingeren door de chauffeur en zijn stuurhandelingen werd veroorzaakt omdat hij normaal voor de rij situatie aan het versnellen was. Uit de getuigenverklaring moet aangenomen worden dat werknemer in de rechterberm is gekomen omdat hij een stuurcorrectie moest doen om van de linkerweghelft weer terug op de rechterweghelft te komen. Werknemer heeft er geen goede verklaring voor kunnen geven waarom hij in de berm van de rechterweghelft is terechtgekomen. Verder acht de kantonrechter van belang dat werknemer noch in de processtukken, noch ter zitting, heeft verklaard dat hij merkte dat de oplegger ging slingeren. Verder overweegt de kantonrechter dat omdat de weg vlak voor het punt waarop de tankwagen is gaan slingeren nauwelijks een kromming heeft, en de tankwagen inmiddels 400 m gereden had vanaf de laatste scherpe bocht (de rotonde), het des te minder aannemelijk dat is dat werknemer door turbulentie van de melk op de linkerweghelft terecht is gekomen, zoals werknemer zelf stelt. Bovendien heeft werknemer er geen verklaring voor gegeven waarom hij bij het teruggaan naar de rechterweghelft in de berm is terechtgekomen. Nu geen andere oorzaken zijn gesteld of gebleken staat op grond van het voorgaande nu met voldoende

zekerheid vast dat het ongeval is ontstaan doordat werknemer, omdat hij onder invloed van alcohol reed, is gaan slingeren, vervolgens te sterke stuurcorrecties heeft gedaan. Werknemer zal de schade dus aan Allianz als gesubrogeerde partij moeten vergoeden. In de vrijwaringszaak oordeelt de kantonrechter dat, nu vast is komen te staan dat sprake is van bewuste roekeloosheid, werknemer zich niet kan beroepen op artikel 7:658 lid 2 of 7:661 lid 1 BW.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 05-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:553

Zaaknummer: 6921179

Rechters: P. Krepel

Advocaten: M.B. Bruinsma, C.D.R. Schoonderbeek en J. Verbeeke

Wetsartikelen: 7:658 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Gezien de strenge beveiligingsmaatregelen, waaruit de toegangs- en uitgangstijden blijken, wordt voorshands aangenomen dat werknemers minder uren hebben gewerkt dan zij hebben opgegeven bij werkgever.

Feiten

F&R exploiteert een schoonmaakbedrijf. Een van haar klanten was X op de locatie in Schiedam. Met X was een schoonmaakovereenkomst gesloten. Werkneemster I is vanaf 1 juli 2007 in dienst van F&R. Werkneemster II en werknemster III zijn op 1 oktober 2007 in dienst getreden. Op de arbeidsovereenkomsten van werknemers is de cao in het schoonmaak- en glazenwassersbedrijf van toepassing. Werkneemster verrichten hun werkzaamheden onder andere bij X. Werkneemsters hebben een gepersonaliseerde toegangsbadge van beveiligingsbedrijf IQ-Pass die toegang geeft tot het bedrijfsterrein van X. Bij brief van 24 juni 2016 heeft F&R aan werknemster I en III een officiële waarschuwing gegeven naar aanleiding van klachten van X over de kwaliteit van het schoonmaakwerk. Bij e-mail van 25 augustus 2016 heeft F&R aan haar geschreven dat F&R niet persoonlijk maar in meer algemene termen had moeten benoemen dat X de schoonmaak kwaliteiten van F&R te laag vindt, dat zij daar onderdeel van is maar dat dat voor het hele team geldt en dat F&R hoopt dat werknemster III met deze nuancering weer aan het werk gaat. Na het vertrek van het hoofd technische dienst heeft F&R aan X gevraagd om een uitdraai van de registratielijsten die betrekking hadden op werknemers. In individuele gesprekken met werknemers heeft F&R aan de orde gesteld dat de opgegeven uren niet overeenkomen met de registratietijden. F&R heeft nadien gecorrespondeerd met de door werknemster ingeschakelde gemachtigde, maar dit heeft niet tot overeenstemming geleid over de door F&R gewenste beëindiging. F&R heeft ontbinding van de arbeidsovereenkomst(en) verzocht. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. F&R komt tegen de beschikking in hoger beroep.

Oordeel

F&R betoogt dat de kantonrechter ten onrechte geen doorslaggevende waarde heeft toegekend aan de overgelegde urenregistratielijsten en de verklaringen van functionarissen van X. Werkneemsters hebben ten aanzien van de door F&R overgelegde overzichten niet het door henzelf opgegeven aantal gewerkte uren dat daarop vermeld staat betwist. Die opgave staat daarmee vast. Werkneemsters hebben evenmin weersproken dat (1) X gehouden is vergaande beveiligingsmaatregelen te treffen in verband met de voor haar geldende bepalingen van de Havenbeveiligingswet en (2) de door F&R overgelegde geregistreerde uren afkomstig zijn uit

het ISPS gecertificeerde beveiligingssysteem van X. Ook dit staat derhalve vast. Werkneemsters bestrijden echter wel de daaruit door F&R getrokken conclusie dat zij (aanmerkelijk) minder bij X hebben gewerkt dan zij aan F&R hebben opgegeven. Het hof overweegt dat, nu tussen partijen vaststaat dat X onderworpen is aan strenge beveiligingsmaatregelen en uit dien hoofde gehouden is een nauwgezette toegang- en uitgangcontrole bij te houden aan de hand waarvan op ieder moment kan worden beschikt over de gegevens van de personen die zich op het X-terrein bevinden, F&R voorshands, behoudens tegenbewijs, geslaagd is in het bewijs van haar stelling dat werkneemsters aanmerkelijk minder uren bij X hebben gewerkt dan zij aan F&R hebben opgegeven. Werkneemsters zullen in de gelegenheid worden gesteld het bewijsvermoeden te ontkrachten. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:1096

Zaaknummer: 200.221.235/01

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

Advocaten: D.J. van de Weerdts en C.P. Timmers

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

RECHTSPRAAK

Werkneemsters krijgen voordeel van de twijfel dat zij niet hebben gefraudeerd bij het opgeven van hun urenregistratie.*Feiten*

Werkneemsters zijn in dienst bij F&R en doen schoonmaakwerkzaamheden voor haar bij Damen Shiprepair (DSR). F&R stelt dat werkneemsters in 2016 ieder gedurende drie, vier maanden ongeveer 200 uur meer hebben geschreven dan zij daadwerkelijk hebben gewerkt. F&R verzoekt daarom ontbinding van de arbeidsovereenkomsten en terugbetaling van het loon waarvoor werkneemsters niet gewerkt hebben. Werkneemsters voeren verweer.

Oordeel

De kantonrechter moet zich in deze zaak de vraag stellen of zij er daadwerkelijk van overtuigd is dat werkneemsters (ongeveer) 200 uren (per persoon) hebben geschreven die zij niet hebben gewerkt. Die overtuiging ontbreekt. Werkneemsters verklaren afzonderlijk dat er iets mis moet zijn met het registratiesysteem, hetgeen wordt ondersteund door een e-mail van de voormalig technische dienst bij DSR. Een registratiesysteem heeft vele voordelen, maar daarbij kan niet uit het oog verloren worden dat techniek soms faalt of niet wordt gebruikt. Bij het voorgaande komt dat het wellicht voorstelbaar is dat werkneemsters af en toe eens een uurtje 'smokkelen', maar elk 200 uur in drie maanden zou een heel forse fraude betekenen. Hierbij is van belang dat (schriftelijke) klachten van DSR over de kwaliteit van het schoonmaakwerk over de maanden waarover het gaat ontbreken. Van verwaarloosd werk (waarvan haast wel sprake móet zijn als er zoveel uur niet wordt gewerkt) lijkt dus geen sprake te zijn. Bovendien had de afwezigheid van zoveel uren door werkneemsters moeten opvallen bij DSR. Volgens de kantonrechter moeten werkneemsters het voordeel van de twijfel krijgen. Daarbij weegt de kantonrechter mee dat F&R een eenzijdige visie had en geen gebruik heeft willen maken van het voorstel van werkneemsters om naar DSR te gaan en de daar aanwezige mensen te vragen of zij structureel afwezig waren. De verzoeken worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:10950

Zaaknummer: 5843493

Rechters: E. van Schouten

Advocaten: D.J. van de Weerd en C.P. Timmers

Wetsartikelen: 7:66g BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

Dat werkgeefster zonder enige grond haar werknemers wil blijven verplichten om, in ploegendiensten, op de werkvloer aanwezig te zijn in een situatie dat er geen werk is en ook niet meer gaat komen, is in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap.

Feiten

Uniport Multipurpose Terminals B.V. (hierna: Uniport) is een terminal operator, waar zowel short sea als deep sea containerschepen werden geladen en gelost. Bij Uniport werken (thans nog) 161 mensen. Er wordt gewerkt in een volcontinue drieploegendienst volgens een vast rooster. De ondernemingsraad van Uniport Multipurpose Terminals B.V. (hierna: de Ondernemingsraad) heeft negen zetels, waarvan er op dit moment zeven bezet zijn. Werknemer 3 is voorzitter van de Ondernemingsraad en werknemer 1 en 2 zijn leden van de Ondernemingsraad. Uniport is voornemens de huidige exploitatie per 31 maart 2020 te staken. In dat kader is op 20 november 2019 bij het UWV een melding tot collectief ontslag van alle werknemers (op dat moment 197) gedaan. Vanaf november 2019 is Uniport in onderhandeling met FNV Havens (hierna: FNV) over een Sociaal Plan. In overleg met FNV is verzocht om zo veel werknemers als mogelijk vrij te stellen van werk. Het laatste schip is op 16 december 2019 in de terminal van Uniport aangekomen en de laatste container is op 6 februari 2020 van het terrein van Uniport gegaan. Voor de werknemers van Uniport is er geen werk meer. Uniport verplicht de werknemers echter om op de voor hen geldende werktijden volgens het voor hen geldende volcontinue ploegenrooster aanwezig te zijn. De Ondernemingsraad en werknemer 1, 2, en 3 vorderen onder meer Uniport te veroordelen om haar werknemers vrij te stellen van de verplichting om op het werk aanwezig te zijn zo lang de bedongen arbeid dan wel passende en in redelijkheid op te dragen arbeid niet aanwezig is.

Oordeel

Artikel 7:611 BW verplicht een werkgever zich als een goed werkgever te gedragen. In het kader van goed werkgeverschap wordt veelal aangenomen dat een werknemer in beginsel recht op arbeid in de zin van feitelijke tewerkstelling heeft. Het onderhavige geval betreft feitelijk de omgekeerde situatie, namelijk de vraag of een werknemer aanspraak kan maken op een vrijstelling van arbeid. Vaststaat dat er voor de werknemers geen werk meer is en ook niet meer gaat komen. Uniport heeft in het overleg met FNV te kennen gegeven dat zij niet eerder dan wanneer het Sociaal Plan is vastgesteld in overweging wil nemen om de werknemers vrij te stellen van de verplichting om op het werk aanwezig te zijn. De vraag waarom de aanwezigheid van de werknemers op de werkvloer daarvoor noodzakelijk is, beantwoordt

Uniport feitelijk niet. Ontdaan van alle franje komt het er dan op neer dat Uniport zonder enige grond haar werknemers wil blijven verplichten om, in ploegendiensten, op de werkvloer aanwezig te zijn in een situatie dat er geen werk is en ook niet meer gaat komen. Dat handelen van Uniport is niet anders te betitelen dan in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap. Een grond voor het treffen van voorzieningen is daarmee gegeven. Andere door de Ondernemingsraad aangedragen grondslagen voor zijn vorderingen behoeven dan strikt genomen geen bespreking meer. De voorzieningenrechter wil desalniettemin en gelet op het verweer van Uniport, nog kort aandacht besteden aan de arbeidsomstandigheden. Ongeacht het antwoord op de vraag of de verplichte aanwezigheid voor één of meer werknemers heeft geleid tot arbeidsongeschiktheid, is voldoende voorstelbaar dat het in ploegendiensten moeten komen opdraven terwijl er geen werk is en komt, en de tijd moeten doden met darten en kaarten, stressvol en ziekmakend kan zijn. Dat raakt aan de tot goed werkgeverschap behorende verplichting om ervoor te zorgen dat werknemers gezond kunnen werken. Het belang bij het gevorderde is daarmee ook gegeven. De vorderingen tot vrijstelling van werk en mededeling daarover wordt dan ook toegewezen. Gelet op het bepaalde in artikel 7:628 lid 1 BW hebben de werknemers recht op hun volledige loon, nu zij de overeengekomen arbeid niet kunnen verrichten door een oorzaak die voor rekening van werkgever Uniport komt.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:1674

Zaaknummer: C/10/591182 / KG ZA 20-130

Rechters: P. de Bruin, R.J.R.M. de Bok en S.B. Piekaar-Bouthoorn

Advocaten: P.A.A. Lelijveld

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

De uitzendovereenkomst is voorafgaand aan de ziekmelding door werknemer van rechtswege geëindigd. Aan werknemer is voor zijn ziekmelding kenbaar gemaakt dat de inlener hem niet meer te werk wilde stellen. Geen recht op aanvulling ziektebewaking.*Feiten*

Cre-Uit B.V. (hierna: Cre-uit) exploiteert een uitzendbureau. Werknemer is in 2016 bij haar in dienst getreden op basis van een "Uitzendovereenkomst Fase 1 & 2". Als inlener is vermeld Brand Energy Infrastructure Services B.V. (hierna: Brand). Op de uitzendovereenkomst is het uitzendbeding van toepassing. In december 2016 was werknemer door Brand tewerkgesteld bij scheepswerf Damen Verolme Rotterdam B.V. (hierna: Verolme). Op 17 december 2016 heeft zich bij Verolme tot twee keer toe een incident voorgedaan waarbij werknemer zich niet aan de voorschriften hield met betrekking tot de valbeveiliging. Werknemer is daarop naar huis gestuurd. Na 17 december 2016 heeft werknemer geen werkzaamheden voor Cre-uit en/of Brand meer verricht. Werknemer is op 19 december 2016 niet tot het werk toegelaten. Werknemer heeft zich op 19 december 2016 ziek gemeld bij de administratie van Cre-uit. Met ingang van 19 december 2016 heeft werknemer van het UWV een Ziektebewaking ontvangen. Cre-uit heeft gedurende 16 weken deze uitkering aangevuld en vervolgens gestaakt. In eerste aanleg vorderde werknemer de veroordeling van Cre-uit om aan hem te betalen € 5.358,34 aan aanvulling Ziektebewaking vanaf de 17e week van 2017 tot 19 december 2017. Bij tussenvonnis van 4 mei 2018 heeft de kantonrechter Cre-uit in conventie en reconventie opgedragen te bewijzen dat de "uitzendovereenkomst al was geëindigd doordat de inlener aan werknemer te kennen had gegeven dat zij hem niet meer wilde inlenen, voordat werknemer zich heeft ziekgemeld bij Brand en Cre-uit". Bij het bestreden eindvonnis van 19 oktober 2018 acht de kantonrechter Cre-uit in het bewijs geslaagd, waarna de vordering van werknemer werd afgewezen. Werknemer is hiervan in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Of de uitzendovereenkomst voorafgaand aan de ziekmelding een einde heeft genomen hangt hier af van de mededelingen van Brand aan werknemer daarover. Als Brand als inlener aan werknemer kenbaar maakt hem niet langer te willen inlenen eindigt van rechtswege de uitzendovereenkomst. In de ochtend van 19 december 2016 heeft werknemer bij Brand te Vlaardingen een verklaring afgelegd over de incidenten, erkend dat hij in de fout is gegaan en gevraagd om een tweede kans, waarvan niet gesteld of gebleken is dat deze hem is gegeven.

Onder meer hieruit volgt onmiskenbaar dat aan werknemer voorafgaand aan zijn ziekmelding kenbaar is gemaakt en werknemer moet hebben begrepen dat Brand hem niet meer te werk wilde stellen. Voor werknemer was duidelijk dat hij ook niet buiten de regio of anderszins te werk zou worden gesteld en Brand hem dus niet langer wilde inlenen. De uitzendovereenkomst tussen Cre-uit en werknemer is dus al vóór de ziekmelding door werknemer bij Cre-uit op 19 december 2016 ten einde gekomen. Dat betekent dat de vorderingen van werknemer in eerste aanleg terecht zijn afgewezen. Uitgangspunt in reconventie is, gelet op het voorgaande, dat Cre-uit in de periode tot 24 april 2017 ten onrechte aanvullingen op de Ziektewetuitkeringen aan werknemer heeft voldaan. Die betalingen zijn dus onverschuldigd voldaan waardoor Cre-uit deze terug kan vorderen. Werknemer heeft onvoldoende feiten aangevoerd waaruit zou kunnen volgen dat hij er desondanks gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat hij deze bedragen mag behouden. Gesteld noch gebleken is dat Cre-uit zich op andere wijze jegens werknemer heeft gedragen op een wijze waaraan werknemer het vertrouwen kan hebben ontleend dat Cre-uit geen aanspraak zou maken op terugbetaling. Dat betekent dat ook de toewijzing van de vordering in reconventie zal worden bekrachtigd. Nu geen van de grieven slaagt, zullen de vonnissen van 4 mei en 19 oktober 2018, gewezen door de Kantonrechter Rotterdam, zittingsplaats Rotterdam, worden bekrachtigd en zal de gewijzigde eis worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:253

Zaaknummer: 200.251.065/01

Rechters: M.T. Nijhuis, M.D. Ruizeveld en S.R. Mellema

Advocaten: R.A. Severijn en E. Cekic

Wetsartikelen: 7:691 BW

RECHTSPRAAK

Mondelinge arbeidsovereenkomst. Toch geldig proeftijdontslag. Proeftijdbeding staat in de algemeen verbindend verklaarde cao opgenomen.*Feiten*

Op 22 oktober 2019 is werknemer bij Mercatum Gravitas Primo B.V. (hierna: Mercatum) gaan werken op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze arbeidsovereenkomst is niet schriftelijk vastgelegd. Mercatum valt onder de werkingssfeer van de Cao Retail Non-Food (verder: de cao). Deze cao is algemeen verbindend verklaard van 11 maart 2019 tot en met 31 december 2020. In de cao staat onder meer dat bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de proeftijd tijdens de looptijd van de cao twee maanden bedraagt. Op 29 oktober 2019 heeft Mercatum de arbeidsovereenkomst met werknemer mondeling opgezegd, met een beroep op de proeftijd. Werknemer verzoekt onder meer vernietiging van de opzegging.

Oordeel

De discussie tussen partijen gaat over de vraag of een geldige proeftijd is overeengekomen. Naar het oordeel van de kantonrechter is dat wel het geval. De cao was op het moment van sluiten van de arbeidsovereenkomst algemeen verbindend. Dit betekent dat de afspraken uit die cao van rechtswege doorwerken in alle individuele arbeidsovereenkomsten die onder de werkingssfeer vallen. Dat geldt dus ook als geen schriftelijke arbeidsovereenkomst is opgemaakt en ook als niet op de toepasselijkheid van die cao is gewezen. Met deze toepasselijkheid van de cao is ook voldaan aan het vereiste van artikel 7:652 lid 2 BW, dat de proeftijd schriftelijk moet worden overeengekomen. Wel is het zo dat Mercatum in strijd met de cao heeft gehandeld door geen schriftelijke arbeidsovereenkomst op te maken. Daaraan kan echter niet het gevolg worden verbonden dat de cao niet van toepassing is. Als de arbeidsovereenkomst wel schriftelijk was vastgelegd had werknemer ook niet beter geïnformeerd hoeven te zijn over de toepasselijkheid van de cao. Dat is namelijk niet een van de volgens de cao verplicht in de schriftelijke arbeidsovereenkomst op te nemen onderwerpen. Naar het oordeel van de kantonrechter kan de tekst van de cao-bepaling maar op één manier worden uitgelegd. De toevoeging in de laatste zin van het beding dat geen proeftijd kan worden overeengekomen bij arbeidsovereenkomsten van zes maanden of korter, is op zichzelf overbodig. Het is immers ook zonder die bepaling niet toegestaan ten nadele van een werknemer af te wijken van de cao (die een minimumkarakter heeft, dus er mag wel ten voordele van de werknemer worden afgeweken). Het opnemen van deze zin leidt echter niet

tot de conclusie dat voor een overeenkomst langer dan zes maanden nog afzonderlijk een proeftijdbeding moet worden overeengekomen. De zin bevestigt enkel dat voor overeenkomsten van zes maanden of korter niet bij individuele arbeidsovereenkomst alsnog een proeftijdbeding kan worden afgesproken. Nu werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, gold dus een proeftijd van twee maanden. De arbeidsovereenkomst is binnen die periode opgezegd en deze opzegging is geldig. Werknemer heeft ter zitting nog aangevoerd dat het beroep op de proeftijd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarvoor zijn echter geen zelfstandige argumenten aangevoerd. Dergelijke argumenten volgen ook niet uit de feitelijke gang van zaken, die past in het wettelijk systeem. De verzoeken van werknemer zijn alle gebaseerd op het uitgangspunt dat het proeftijdontslag geen stand houdt. Dat betekent dat de verzoeken worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:1161

Zaaknummer: 8229976

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: J.F. Overes en J.C. Kuipéri-Botter

Wetsartikelen: 7:652 BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst g-grond. Werknemer heeft gelet op de uitleg van de bepaling recht op de contractueel overeengekomen vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding.*Feiten*

Werknemer is op 15 november 2005 in dienst getreden van de coöperatieve vereniging van opticiens Het CENTROP U.A. (hierna: Centrop). Sinds 1 januari 2007 is werknemer werkzaam als directeur. In de arbeidsovereenkomst is onder meer een geheimhoudingsbeding (art. 11) en non-concurrentiebeding opgenomen van twaalf maanden (art. 12). In de arbeidsovereenkomst zijn partijen, bij wijze van vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW, een beëindigingsvergoeding in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst overeengekomen. Bij brief van 25 maart 2019 is werknemer met behoud van loon vrijgesteld van werkzaamheden. Centrop verzoekt primair ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-grond. Bij wijze van zelfstandig tegenverzoek verzoekt werknemer om toekenning van de contractuele vergoeding, verval van enig beperkend beding uit zijn arbeidsovereenkomst en toekenning van een billijke vergoeding.

*Oordeel**Ontbinding*

Werknemer heeft laten weten niet te kiezen voor toepasselijkheid van de wettelijke regeling van de transitievergoeding van artikel 7:673 BW maar vast te houden aan de in artikel 14 van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken. Gelet op die keus kan eventueel ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet leiden tot het vervallen van aanspraken van werknemer op een transitievergoeding. Daarin is dan ook geen belang voor Centrop gelegen om tot ontbinding op de e-grond over te gaan en/of beantwoording van de vraag of sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer. Een dergelijk belang is evenmin gelegen in de mogelijkheid die de kantonrechter heeft om de ontbinding in een dergelijke situatie op verkorte termijn uit te spreken. De kantonrechter zou, indien al zou komen vast te staan dat van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde werknemer sprake is geweest, van die bevoegdheid geen gebruik maken. Daarvoor is, nu Centrop werknemer op 25 maart 2019 met behoud van loon heeft vrijgesteld van werk en eerst eind in november 2019 een verzoekschrift tot ontbinding heeft ingediend, geen aanleiding. Voor zover het verzoek van Centrop tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gebaseerd op een verstoorde arbeidsrelatie verzet werknemer zich daar niet tegen. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen

zal de arbeidsovereenkomst worden ontbonden wegens een verstoorde arbeidsrelatie zodanig dat van werkgever niet gevegd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Contractuele vergoeding

Partijen zijn gebonden aan de in artikel 14 van de arbeidsovereenkomst neergelegde vaststellingsovereenkomst. Nu verwezen wordt naar 'alsdan geldende', doelend op het moment van ontbinding, en sinds invoering van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 de kantonrechttersformule en de daarbij behorende aanbevelingen niet meer van toepassing zijn, is artikel 14.2 niet voor eenduidige toepassing vatbaar. Derhalve komt het aan op uitleg van deze bepaling. Partijen hebben niet (kunnen) voorzien dat de kantonrechttersformule die in 2005 zo gebruikelijk was, op het moment van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst niet meer als norm zou gelden. Door de verwijzing naar 'de alsdan geldende' brengt een redelijke uitleg met zich dat partijen kennelijk hebben beoogd aansluiting te zoeken bij de ten tijde van de beëindiging geldende maatschappelijke norm in geval van een 'neutrale' beëindiging. Sinds invoering van de Wwz geldt de transitievergoeding als een dergelijke 'neutrale' norm. Het had weliswaar, zoals namens werknemer is betoogd, op de weg van Centrop gelegen om na invoering van de Wwz opnieuw met werknemer te onderhandelen teneinde een voor eenduidige uitleg vatbare afspraak te maken, maar het achterwege blijven daarvan is onvoldoende om tot een andere uitleg van artikel 14.2 te komen. Dat betekent dat Centrop gehouden is aan werknemer een contractueel overeengekomen vergoeding te betalen die qua hoogte overeenkomt met de transitievergoeding. Nu het verzoek tot ontbinding dateert van voor 1 januari 2020 dient de transitievergoeding berekend te worden op basis van de regelingen zoals die ter zake voor 1 januari 2020 van toepassing waren. De stelling van werknemer, dat hij naast de contractuele vergoeding recht heeft op een billijke vergoeding omdat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg zou zijn van ernstig verwijtbaar handelen van Centrop, wordt verworpen. Artikel 14 van de arbeidsovereenkomst sluit een andere vergoeding aan werknemer naast de overeengekomen vergoeding uit.

Beperkend beding

Het verzoek tot vernietiging van het geheimhoudingsbeding wordt afgewezen. Er is geen reden gegeven waarom werknemer daaruit zou moeten worden ontheven, terwijl het belang van Centrop evident is. Het verzoek tot vernietiging van het concurrentiebeding zal worden toegewezen. Partijen zijn een concurrentiebeding overeengekomen van twaalf maanden na beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Nu werknemer feitelijk al sinds 25 maart 2019 vrijgesteld is van werk heeft het concurrentiebeding feitelijk al (bijna) zijn werking gehad. Nu Centrop geen inhoudelijk verweer ter zake heeft gevoerd en het door werknemer ter zitting geformuleerde belang, te weten kunnen werken in de branche waar hij heeft gewerkt, niet heeft weersproken, zal tot vernietiging worden overgegaan, met ingang van 1 april 2020.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 17-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:1029

Zaaknummer: 7390171 \ HA VERZ 18-224

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: T.B. Vandeginste en C.W.H. Houg

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW, 761b lid 1 sub a BW en 7:900 BW

RECHTSPRAAK

Werkneemster behoudt recht op onvoorwaardelijke indexatie van haar pensioen. Artikel 20 Pensioenwet staat aan eenzijdige wijziging hiervan in de weg. Het beroep van werkneemster op nakoming is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.*Feiten*

Werkneemster is van 1 augustus 1977 tot 1 juli 1994 bij Stichting Fractie bureau CDA (hierna: Fractie bureau CDA) in dienst geweest. Tijdens dit dienstverband heeft zij pensioen opgebouwd. Per 1 januari 2001 is aan werkneemster een onvoorwaardelijke toeslagverlening (indexatie) toegezegd over de pensioenaanspraken die tot die datum waren opgebouwd. Op 1 april 2011 is het ouderdomspensioen van werkneemster ingegaan. Op 4 september 2014 heeft Fractie bureau CDA aan werkneemster, en aan anderen die recht hadden op onvoorwaardelijke toeslagverlening, een brief gestuurd met het verzoek om in te stemmen met de omzetting van een onvoorwaardelijke toeslagverlening naar een voorwaardelijke toeslagverlening. Werkneemster heeft Fractie bureau CDA bericht dat zij niet met het voorstel wilde instemmen. In verband met het feit dat 70% van de deelnemers wel met de genoemde omzetting heeft ingestemd, heeft Fractie bureau CDA in 2015 70% van de voorziening laten vrijvallen. Bij brief van 12 juli 2018 heeft Fractie bureau CDA werkneemster bericht dat Fractie bureau CDA, bij gebreke van instemming met genoemde wijziging, genoodzaakt is om de pensioenaanspraken eenzijdig aan te passen. Bij brief van 31 augustus 2018 heeft werkneemster Fractie bureau CDA bericht niet met de eenzijdige wijziging te kunnen instemmen. Werkneemster vordert onder meer een verklaring voor recht dat de door het Fractie bureau CDA aangezegde eenzijdige wijziging van de toeslagverlening niet rechtsgeldig is.

*Oordeel**Artikel 20 Pensioenwet*

De kantonrechter stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat werkneemster op grond van artikel 20 Pensioenreglement recht heeft op onvoorwaardelijke toeslagverlening (hierna ook: indexatie). In geschil is wel of deze onvoorwaardelijke indexatie eenzijdig gewijzigd kan worden in een voorwaardelijke indexatie. Werkneemster heeft zich op het standpunt gesteld dat – voor zover artikel 24 Pensioenreglement al een wijzigingsbeding zou zijn, wat zij betwist – wijziging voor aanspraakgerechtigden niet mogelijk is op grond van artikel 20 Pensioenwet. Voor de uitleg en toepassing van dit artikel is allereerst van belang wat er onder het begrip

‘pensioenaanspraak’ wordt verstaan. De kantonrechter is van oordeel dat uit de definitie van pensioenaanspraak volgt dat onvoorwaardelijke toeslagverlening onder het begrip pensioenaanspraak valt, nu alleen voorwaardelijke toeslagverlening is uitgezonderd. Daarnaast blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet dat de bedoeling en strekking van artikel 20 Pensioenwet is dat opgebouwde aanspraken niet gewijzigd kunnen worden, behoudens hier niet relevante uitzonderingen, en dat hieronder mede zijn begrepen aanspraken op onvoorwaardelijke toeslagen. Ook het feit dat de onvoorwaardelijke aanspraak pas in 2001 aan werknemster is toegezegd, maakt het oordeel van de kantonrechter niet anders. De Pensioenwet beoogt namelijk zekerheid te geven over het te verwachten pensioen, zoals onder meer tot uitdrukking is gekomen in artikel 20 Pensioenwet. Werkneemster heeft sinds de toezegging is gedaan daarop mogen vertrouwen, ongeacht of zij wel of niet zelf door premiebetaling aan de toezegging heeft bijgedragen. De conclusie is dat artikel 20 Pensioenwet aan de aantasting van opgebouwde aanspraken, waaronder aanspraken op onvoorwaardelijke toeslagverlening, in de weg staat. Gelet hierop kan de vraag of artikel 24 Pensioenreglement überhaupt als wijzigingsbeding kan worden gekwalificeerd, onbesproken blijven.

Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

Het subsidiaire verweer van Fractie bureau CDA impliceert dat artikel 20 Pensioenwet buiten toepassing moet blijven. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW kan een tussen partijen geldende regel, zoals artikel 20 Pensioenwet, niet van toepassing zijn, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De kantonrechter moet met een dergelijk beroep op de redelijkheid en billijkheid terughoudend omgaan, zeker als het gaat om een regel van dwingend recht zoals artikel 20 Pensioenwet. In deze zaak is er onvoldoende reden om te kunnen oordelen dat voortzetting van de onvoorwaardelijke indexering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Op zichzelf heeft de kantonrechter begrip voor de wens van Fractie bureau CDA om alle deelnemers en oud-deelnemers gelijk te behandelen. Echter, gelet op de keuze van de wetgever had en heeft Fractie bureau CDA niet de mogelijkheid om dit beleid te voeren als de financiële middelen beperkt zijn en voortzetting van dit beleid ertoe leidt dat daardoor de rechten worden aangetast die door artikel 20 Pensioenwet worden beschermd, tenzij vrijwillig van die rechten afstand wordt gedaan (zoals ook al veel deelnemers hebben gedaan), maar daar is in het geval van werknemster juist geen sprake van. Werkneemster heeft naar het oordeel van de kantonrechter terecht aangevoerd dat de financiële last van de (resterende) indexatieverplichting veel lager is dan geschetst door Fractie bureau CDA en dus ook niet zo’n zware wissel trekt op de organisatie en de begroting als door Fractie bureau CDA is voorgehouden. De noodzaak van een nieuw te vormen voorziening kan geen argument vormen om te concluderen dat continuering van de onvoorwaardelijke toeslagverlening onaanvaardbaar zou zijn. De omstandigheid dat Fractie bureau CDA de indexeringsregeling niet tijdig heeft gewijzigd, terwijl daartoe wel de mogelijkheid bestond, komt voor haar rekening en risico, en is daarom geen omstandigheid die ertoe kan leiden dat het beroep van werknemster op nakoming van de onvoorwaardelijke indexeringsregeling onaanvaardbaar is.

Ook de verdere argumenten die Fractiebureau CDA heeft aangedragen, zijn onvoldoende om te komen tot een ander oordeel. De slotsom is dat de gevraagde verklaring voor recht dat de aangezegde eenzijdige wijziging van de toeslagverlening niet rechtsgeldig is, moet worden toegewezen. Hetzelfde geldt voor de vordering dat voor recht wordt verklaard dat Fractiebureau CDA gehouden is de onvoorwaardelijke toeslagverlening onverkort te blijven toepassen en de vordering tot nakoming van de pensioenovereenkomst in die zin dat met betrekking tot de door werknemers opgebouwde pensioenaanspraken onvoorwaardelijke toeslagverlening toegekend zal blijven worden.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 11-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:1061

Zaaknummer: 7751071 \ RL EXPL 19-10938

Rechters: C.W.D. Bom

Advocaten: J. Kaldenberg en R. van Arkel

Wetsartikelen: 20 Pensioenwet

RECHTSPRAAK

Werknemer maakt geen aanspraak op provisie tijdens ziekte. Gelet op de uitleg van de cao valt provisie niet onder het begrip maandsalaris.*Feiten*

Werknemer is sinds 1 augustus 2011 in dienst van Konica Minolta Business Solutions Nederland B.V. (hierna: Konica Minolta) op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In artikel 6 van de arbeidsovereenkomst staat dat de werknemer een provisie ontvangt van 1,5% over de door werknemer gerealiseerde omzet. De provisieregeling van Konica Minolta bepaalt dat de accounteigenaar te allen tijde 100% provisie ontvangt over de gescoorde order. Werknemer is sinds 18 juli 2018 wegens ziekte niet in staat geweest de bedongen arbeid te verrichten. Vanaf maart 2019 is werknemer begonnen met re-integratie en vanaf medio juni 2019 is werknemer weer 100% arbeidsgeschikt. Werknemer heeft over 2015 tot en met 2017 jaarlijks gemiddeld € 39.263,02 bruto provisie ontvangen. Over 2018 heeft werknemer slechts provisie ontvangen over de periode van 1 april 2018 tot 18 juli 2018, een bedrag van € 2.903,88. Op de arbeidsovereenkomst is de Cao voor de informatie-, communicatie-, en kantoortechnologiebranche van toepassing (hierna de cao). Partijen twisten over de vraag of Konica Minolta gehouden is tot betaling van provisie over de periode dat werknemer volledig arbeidsongeschikt was, van 18 juli 2018 tot en met maart 2019.

Oordeel

De provisie is een variabel bestanddeel van het loon, dat niet naar tijdruimte wordt vastgesteld. De provisie wordt immers vastgesteld op basis van gerealiseerde omzet. Dat betekent dat op grond van artikel 7:628 lid 3 BW het gemiddelde van de provisie in aanmerking moet worden genomen bij de bepaling van de wettelijke loondoorbetalingsverplichting op grond van artikel 7:629 BW. Van bovenstaande bepalingen is ten gunste van de werknemer afgeweken in de cao. Werknemer heeft op grond van de cao gedurende het eerste ziektejaar (52 weken) boven op de wettelijke loondoorbetaling aanspraak op een aanvulling tot 100% van het maandsalaris. Artikel 3.3 definieert wat onder het maandsalaris als bedoeld in dit artikel wordt verstaan: het maandsalaris dat de werknemer zou hebben ontvangen indien hij arbeidsgeschikt zou zijn geweest. Partijen verschillen van mening over hoe de cao en meer in het bijzonder het begrip “maandsalaris” moet worden uitgelegd. Uit de tekst van de betreffende cao-artikelen volgt niet dat onder het begrip maandsalaris ook de (gemiddelde) provisie valt. Artikel 3 van Cluster 12 bepaalt weliswaar dat onder maandsalaris wordt verstaan het maandsalaris dat de werknemer zou hebben ontvangen indien hij arbeidsgeschikt zou zijn geweest, maar dit artikel geeft geen definitie van

het begrip maandsalaris. Voor die definitie moet daarom worden gekeken naar artikel 13 van Cluster 4 in de cao. In deze definitie valt niet te lezen dat ook variabele loonbestanddelen onder het begrip maandsalaris moeten worden begrepen. Het gaat om het 'actuele met de werkgever overeengekomen salaris per maand'. In de overige definities in de cao, met name die in artikel 8 en artikel 9.1 van Cluster 4 van de cao, wordt het maandsalaris onderscheiden van het variabele inkomen, waaronder provisie moet worden gerekend. Voor een ruimere uitleg van het begrip maandsalaris zoals door werknemer bepleit, biedt de tekst van de cao dan ook geen ruimte. Het provisie-systeem bij Konica Minolta geeft recht op 100% provisie bij een 'gescoorde order'. De betaling daarvan is niet afhankelijk gesteld van de arbeidsgeschiktheid van de werknemer. Het is mogelijk dat ook tijdens arbeidsongeschiktheid een order wordt gescoord, zoals volgens Konica Minolta bij de door werknemer genoemde collega tweemaal het geval was. Werknemer heeft onvoldoende onderbouwd dat de situatie waarin deze collega zich bevond, exact hetzelfde was als die van hem. Werknemer heeft geen 100% provisie gevorderd over 'gescoorde orders', maar betaling van een gemiddelde van de door hem in de voorgaande drie fiscale boekjaren ontvangen provisie, met een beroep op de cao-bepaling die betrekking heeft op (bovenwettelijke) aanvulling op de wettelijke loondoorbetaling. Daar heeft hij geen recht op, zoals in het voorgaande is overwogen. Dat toepassing van het provisie-systeem mogelijk tot een andere uitkomst kan leiden, is onvoldoende om aan te nemen dat Konica Minolta niet als een goed werkgever handelt door geen (gemiddeld) bedrag aan provisie aan werknemer te betalen gedurende diens arbeidsongeschiktheid. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat werknemer over de periode 18 juli 2018 en met maart 2019 geen recht op provisie heeft.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:771

Zaaknummer: 7918569

Rechters: I.H.J. Konings

Advocaten: P.J. de Groen en H.J. Funke

Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Belang werkgever bij handhaving concurrentiebeding weegt zwaarder dan belang werkneemster (ceo) bij indienstreding bij concurrent. Aangenomen mag worden dat werkneemster zich met succes zou kunnen richten op een toekomst buiten de online veilingbranche.

Feiten

Werkneemster is op 1 augustus 2015 in dienst getreden bij Troostwijk Veilingen B.V. als managing director (ceo). Per diezelfde datum is werkneemster benoemd tot statutair directeur van Troostwijk Titania Holding, zijnde de houdstermaatschappij van de Troostwijk groep van ondernemingen waaronder Troostwijk Veilingen B.V. vallen (hierna gezamenlijk: Troostwijk). Troostwijk houdt zich onder meer bezig met het veilen van bedrijfsinventarissen aan de zakelijke markt en is actief in heel Europa. Na een fusie met Auctio Holding in juli 2018 vormen Troostwijk en Auctio Holding thans onder de naam TBauctions B.V. het grootste veilingplatform van Europa. In de met werkneemster op 27 juli 2018 gesloten arbeidsovereenkomst is vastgelegd dat zij tot ceo van TBauctions is benoemd. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen met een bereik van een jaar. De arbeidsovereenkomst is op 1 juni 2019 met wederzijds goedvinden geëindigd. Het laatste half jaar (de opzegtermijn) is werkneemster vrijgesteld van werkzaamheden. Werkneemster wenste vervolgens bij Surplex Holding GmbH (hierna: Surplex) in dienst te treden als managing director. TBauctions stelt zich op het standpunt dat werkneemster het concurrentiebeding zou overtreden wanneer zij bij Surplex in dienst zou treden. Werkneemster vordert thans in kort geding gehele dan wel gedeeltelijke schorsing van het concurrentiebeding. In eerste aanleg is de vordering tot schorsing afgewezen. De kantonrechter overwoog dat werkneemster, door bij beëindiging met wederzijds goedvinden in te stemmen met onverkorte handhaving van het concurrentiebeding, willens en wetens de situatie heeft aanvaard dat zij een aantrekkelijk aanbod tot indienstreding bij de concurrent moest laten lopen. Werkneemster heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

De grieven van werkneemster zien in de kern op de door de kantonrechter in het bestreden vonnis uitgevoerde belangenafweging. Ten aanzien van die belangenafweging oordeelt het hof als volgt. Het hof overweegt allereerst dat TBauctions onweersproken heeft aangevoerd dat Surplex één van de weinige concurrenten van TBauctions in Europa is. Het hof acht daarom aannemelijk dat werkneemster met haar kennis en ervaring in dienst van Surplex aanzienlijke schade kan berokkenen aan de onderneming van TBauctions. Verder acht het hof niet

gebleken dat de positie van werknemster op de arbeidsmarkt zodanig is dat zij niet in staat zou zijn binnen een redelijke termijn buiten de online veilingbranche een vergelijkbare positie als die van managing director bij Surplex te verkrijgen. Het hof acht dit bovendien onaannemelijk gelet op het feit dat werknemster voor haar – betrekkelijk korte – dienstverband met Troostwijk ruim 24 jaar werkzaam is geweest voor de Manutan Group, een internationaal postorderbedrijf, waar zij uiteindelijk managing director van Manutan Benelux is geworden. Aangenomen mag worden dat zij zich opnieuw met succes zou kunnen richten op een toekomst buiten de online veilingbranche. De overige argumenten die werknemster heeft aangevoerd, waaronder het feit dat TBauctions het initiatief heeft genomen te komen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dat zij door het gedwongen stilzitten kennis van de markt verliest en dat zij bereid is tot eerbiediging van het door partijen overeengekomen geheimhoudings- en relatiebeding, leiden evenmin tot het oordeel dat zij in verhouding tot het belang van TBauctions onbillijk wordt benadeeld door handhaving van het concurrentiebeding. In dit verband acht het hof van belang dat werknemster zich ten tijde van de fusie in 2018 ervan bewust moet zijn geweest dat deze fusie risico's met zich zou kunnen brengen voor haar positie binnen de nieuwe onderneming en dat het concurrentiebeding, dat zij in haar arbeidsovereenkomst van 27 juli 2018 accepteerde, haar mogelijkheden op de arbeidsmarkt mogelijk zou beperken wanneer dergelijke risico's zich zouden verwezenlijken. De periode van op non-actiefstelling vormt daarnaast geen omstandigheid die aanleiding geeft voor schorsing van het beding gedurende de thans nog resterende duur van het concurrentiebeding, zoals werknemster heeft bepleit. Alle belangen tegen elkaar afwegende oordeelt het hof dat het belang van TBauctions bij handhaving van het concurrentiebeding zwaarder behoort te wegen dan het belang van werknemster om bij Surplex in dienst te treden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-02-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:512

Zaaknummer: 200.261.285/01

Rechters: F.J. Verbeek, A.M.A. Verscheure en A. van Zanten-Baris

Advocaten: H.T. ten Have en J. Schulp

Wetsartikelen: 7:653 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

De kantonrechter geeft aan werknemer en werkgeefster toestemming drie getuigen mee te nemen naar de zitting en bepaalt dat deze getuigen, indien nodig, zullen worden gehoord.*Feiten*

Werknemer is in dienst van Lidl Nederland GmbH (hierna: Lidl). Op 2 december 2019 is hij op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt een verklaring voor recht dat aan het ontslag geen dringende redenen ten grondslag ligt. In een begeleidende brief bij het verzoekschrift heeft werknemer verzocht om in te stemmen met het horen van getuigen op de zitting van 24 februari 2020. Lidl heeft laten weten dat ook zij er een voorkeur voor heeft dat op de zitting getuigen worden gehoord.

Oordeel

De kantonrechter geeft toestemming aan werknemer en Lidl om getuigen mee te nemen naar de zitting van 24 februari 2020. Op grond van artikel 87 lid 3 Wet Rv, in werking getreden op 1 oktober 2019, kunnen met voorafgaande toestemming van de kantonrechter tijdens de mondelinge behandeling getuigen worden gehoord. Dat artikel geldt ook voor deze verzoekschriftprocedure, mede gelet op artikel 279 lid 6 Rv. Naar de kantonrechter begrijpt uit het verzoekschrift, ziet het verzoek om het horen van getuigen op drie werknemers van Lidl, van wie bij het verzoekschrift schriftelijke, geanonimiseerde verklaringen zijn overgelegd. Verder begrijpt de kantonrechter dat de namen van die werknemers bekend zijn bij Lidl en dat Lidl die werknemers heeft geïnformeerd over de mogelijkheid dat zij op 24 februari 2020 op de zitting als getuigen zullen worden gehoord. De toestemming om getuigen mee te nemen naar de zitting ziet uitsluitend op de drie hiervoor genoemde werknemers. Verder neemt de kantonrechter aan dat Lidl zal regelen en bevorderen dat deze getuigen op de zitting verschijnen. De getuigen hoeven daarom niet vooraf te worden opgeroepen door een van de partijen. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:1483

Zaaknummer: 8287529 AO VERZ 20-6

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: F. Westenberg en A. Douglas-Scheele

Wetsartikelen: 87 Rv en 279 Rv

RECHTSPRAAK

Werknemer slaagt er niet in te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitvoering van zijn werkzaamheden. Gelet op de betwisting van de inlener over de toedracht van het ongeval, kan werknemer niet volstaan met de enkele stelling dat hij is geraakt door een graafmachine en daarbij gewond is geraakt.

Feiten

Werknemer is met uitzendbureau Nesflex B.V. een uitzendovereenkomst aangegaan. Per 26 februari 2018 is werknemer via Nesflex tewerkgesteld bij Reijm Nieuwerkerk Transport B.V. (hierna: Reijm). Werknemer vordert een verklaring voor recht dat Nesflex en Reijm hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade die werknemer heeft geleden als gevolg van een arbeidsongeval dat zich op 16 augustus 2018 heeft voorgedaan. Aan zijn vordering heeft werknemer ten grondslag gelegd dat hij op 16 augustus 2018 is geraakt door een graafmachine, die werd bediend door een collega. Werknemer is hierdoor ten val gekomen en door een medewerker van Reijm naar het ziekenhuis gebracht. Werknemer heeft thans met name veel last van zijn linkerhand. Nesflex betwist de vordering en stelt dat zij werknemer heeft doorgeleend aan Reijm, alwaar het ongeluk zou hebben plaatsgevonden. Reijm betwist de toedracht van het ongeval zoals door werknemer geschetst en stelt dat zij daarnaast aan haar zorgplicht heeft voldaan.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hoewel het niet aan de werknemer is om de exacte toedracht van het ongeval te schetsen, dient hij conform de hoofdregel wel te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitvoering van zijn werkzaamheden. Gelet op de uitgebreide en gemotiveerde betwisting van Reijm ten aanzien van de toedracht van het ongeval, kan werknemer naar het oordeel van de kantonrechter niet volstaan met de enkele stelling, inhoudende dat hij is geraakt door een graafmachine en daarbij gewond is geraakt, welke stelling op geen enkele wijze is onderbouwd of steun vindt in de door werknemer overgelegde stukken. Van belang daarbij is dat uit de verklaring van de collega die de graafmachine bediende, volgt dat hij uitdrukkelijk betwist werknemer te hebben geraakt en door Reijm is daarnaast verklaard dat zij ook vanuit het kantoor, dat uitzicht heeft op het werkterrein, geen ongeval/commotie heeft waargenomen. Weliswaar staat vast dat werknemer door medewerkers van Reijm gewond is aangetroffen op het terrein van Reijm, doch ten aanzien daarvan is door Reijm onweersproken gesteld dat hij is gevonden bij de containers, 40 à 50 meter gelegen van de plek waar werknemer die dag zijn

sorteerwerkzaamheden uitvoerde en waar hij in het kader van zijn werkzaamheden niets te zoeken had. Hiervoor is door werknemer geen verklaring gegeven. Daarbij komt dat ook de door werknemer zelf overgelegde verklaring van het IJsselland Ziekenhuis de toedracht zoals door hem omschreven niet ondersteunt. In deze verklaring staat immers vermeld: 'Betrokkenen meldde zich op 16-08-2018 op de SEH nadat een stalen paal op zijn rechter been/voet was gevallen'. Alles tezamen maakt dat er nog te veel onduidelijkheid over de toedracht van het ongeval bestaat, terwijl het naar het oordeel van de kantonrechter, temeer in het licht van al hetgeen door Reijm naar voren is gebracht, wel op de weg van werknemer had gelegen om daaromtrent meer duidelijkheid te verschaffen. Daarbij is door Reijm uitgebreid toegelicht dat, en op welke wijze, zij aan haar zorgplicht heeft voldaan. Voorgaande is door werknemer op geen enkele wijze weerlegd. Dat en zo ja welke schade werknemer heeft geleden is evenmin toegelicht en onderbouwd. Het voorgaande leidt ertoe dat de aansprakelijkheid van Nesflex en Reijm niet is komen vast te staan. De gevorderde verklaring voor recht wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:1708

Zaaknummer: 8090398 CV EXPL 19-43737

Rechters: A.J.M. van Breevoort

Advocaten: A. Quispel en A.K. Sjouw

Wetsartikelen: 7:658 BW en 6:119 BW

RECHTSPRAAK

Het bevoegd gezag van een school had een wijziging van het beleid, gecommuniceerd per e-mail, aan de medezeggenschapsraad moeten voorleggen voor advies. De Ondernemingskamer verwerpt het beroep tegen de uitspraak van de Landelijke Commissie voor Geschillen Wms.*Feiten*

Stichting Vechtdal college (hierna: de Stichting) vormt het bevoegd gezag van het Vechtdal College, een school voor voortgezet onderwijs met drie locaties. Op 21 maart 2013 heeft de Stichting de medezeggenschapsraad van het Vechtdal college (hierna: de MR) gevraagd om advies en instemming ter zake van het voorgenomen besluit “Versterking van het Vechtdal College door samenwerking met de Stichtingen van de Landstede-groep”, waarbij de Stichting onderdeel zou worden van de Stichting Bestuur Landstede Groep (hierna: Landstede Groep), waartoe meerdere onderwijsstichtingen behoren die elk het bevoegd gezag vormen voor één of meer scholen. De MR heeft positief geadviseerd over en ingestemd met het voorgenomen besluit tot samenwerking. Sindsdien valt het bestuur van en het toezicht op het Vechtdal College onder de verantwoordelijkheid van het college van bestuur van de Landstede Groep, dat een personele unie vormt met het college van bestuur van de Stichting. De aansturing van de drie locaties van het Vechtdal College valt onder de verantwoordelijkheid van de op die locaties aangestelde directeuren, die samen het Directieteam vormen. Op 20 juli 2017 heeft de bestuurssecretaris van het college van bestuur (hierna: CvB) van de Stichting aan een lid van het Directieteam in een e-mail een terugkoppeling geschreven uit het CvB-overleg ten aanzien van de integratieopdracht aan de projectdirecteur bedrijfsvoering Vechtdal College. In september 2017 is de MR om advies gevraagd ter zake van het voorgenomen nieuwe functieprofiel voor een directeur voortgezet onderwijs van het Vechtdal College, waarin is opgenomen dat – anders dan voorheen – niet de directeur van het Vechtdal College, maar het directieberaad OV, het overlegorgaan van alle directeuren van de Landstede Groep, samen met het college van bestuur van de Stichting beslist over de van de Landstede Groep af te nemen diensten. De MR heeft op 31 oktober 2017 een verzoekschrift ingediend bij de Landelijke Commissie voor Geschillen Wms (hierna: de commissie) waarin – kort gezegd – wordt verzocht te bepalen dat de Stichting de uitvoering van het besluit tot verdere integratie van het Vechtdal College in de Landstede Groep dient te staken, de daartoe strekkende opdracht aan de directeur bedrijfsvoering van het Vechtdal College dient in te trekken en te bepalen dat de Stichting bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen. De commissie heeft op 30 mei 2019 geoordeeld dat het besluit van 20 juli 2017 met betrekking tot de wijziging van het beleid in de duurzame samenwerking van het

Vechtdal College met de Landstede Groep niet in stand kan blijven en de Stichting de verplichting opgelegd geen handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit. De Stichting verzoekt de Ondernemingskamer in deze procedure de uitspraak van de commissie te vernietigen en te bepalen dat met de e-mail van 20 juli 2017 geen sprake is geweest van besluitvorming waarover de MR krachtens de Wms een adviesrecht heeft.

Oordeel

De Ondernemingskamer is met de commissie van oordeel dat uit de hiervoor genoemde gang van zaken blijkt dat de Stichting voorafgaand aan het e-mailbericht van 20 juli 2017 het besluit had genomen dat de wijze waarop de in 2013 overeengekomen samenwerking met de Landstede Groep was vormgegeven, niet zou worden voortgezet. De Ondernemingskamer volgt de Stichting niet in haar betoog dat slechts sprake is geweest van een min of meer vrijblijvende opdracht om de mogelijkheden van een toekomstige verdere integratie te verkennen; dat voorafgaand aan het verstrekken van die opdracht geen besluitvorming omtrent de daarbij te hanteren uitgangspunten zou hebben plaatsgevonden is, mede gelet op de tekst van opdracht, niet aannemelijk. De Ondernemingskamer wordt in dit oordeel gesterkt door de omstandigheid dat, zoals de MR onbetwist heeft aangevoerd, de (voorlopige) begroting voor 2018 voorziet in een forse toename van de afdracht van het Vechtdal College aan de Landstede Groep en door het feit dat het in september 2017 voorgestelde functieprofiel voor de directeur voortgezet onderwijs voorziet in een wijziging van de beslissingsbevoegdheid dienaangaande. Anders dan de Stichting meent, heeft de commissie niet geoordeeld dat het e-mailbericht van de bestuurssecretaris van 20 juli 2017 zélf moet worden aangemerkt als een besluit van de Stichting. De commissie heeft slechts vastgesteld dat uit de in dat e-mailbericht geformuleerde uitgangspunten voor het te verrichten onderzoek naar een verdere integratie moet worden afgeleid dat de Stichting een daartoe strekkend besluit had genomen. De Ondernemingskamer is verder met de commissie van oordeel dat dit besluit zodanig afwijkt van het tot dan toe – in aansluiting op de in de overeenkomst van 2013 neergelegde uitgangspunten – gevoerde beleid, dat het moet worden aangemerkt als een besluit tot een belangrijke wijziging van het beleid ter zake van een duurzame samenwerking met een andere instelling. Dit betekent dat de Stichting op grond van het bepaalde in het medezeggenschapsreglement, de MR vooraf in de gelegenheid had moeten stellen daarover advies uit te brengen en dat zij dit ten onrechte niet heeft gedaan. De slotsom is dat het beroep tegen de uitspraak van de commissie wordt verworpen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:303

Zaaknummer: 200.241.836/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, J. den Boer en A.J. Wolfs

Advocaten: J. Streefkerk en H.R.T.M. van Ojen

Wetsartikelen: 3 Wms, 11 Wms en 34 Wms

RECHTSPRAAK

Het meenemen van schoonheidsproducten van werkgeefster zonder daarvoor het juiste bedrag te betalen en het in rekening brengen van een te laag bedrag voor de schoonheidsbehandeling van de moeder van werkneemster levert een dringende reden voor ontslag op staande voet op.

Feiten

Werkneemster was vanaf 19 november 2014 als schoonheidsspecialiste in dienst bij werkgeefster. Onder meer op 19 april 2019 is de moeder van werkneemster in de salon van werkgeefster geweest voor een behandeling door werkneemster. Daarvoor was anderhalf uur in de agenda gereserveerd. Op 3 juni 2019 is werkgeefster door een van haar medewerkers geïnformeerd over het feit dat werkneemster producten uit de salon van werkgeefster zou hebben meegenomen voor eigen gebruik zonder deze producten af te rekenen. Op 12 juni 2019 heeft werkgeefster met werkneemster een gesprek gevoerd over de handelwijze van werkneemster met betrekking tot de meegenomen producten. Werkgeefster heeft, na de toezegging van werkneemster dat zij zich nooit meer van dergelijke praktijken zou bedienen, een deel van het bedrag contant van werkneemster teruggekregen en een deel verrekend met een salarisbetaling. Op 8 juli, 23 juli, 8 augustus, 16 september en 4 oktober 2019 heeft werkneemster producten afgerekend tegen een lager bedrag dan afgerekend had moeten worden. Werkneemster heeft de btw over de verschuldigde inkooprijks van deze producten niet betaald. Begin november 2019 is werkgeefster geïnformeerd over het feit dat werkneemster producten uit de salon van werkgeefster had aangeschaft voor eigen gebruik zonder hierover het juiste bedrag dan wel het juiste bedrag aan verschuldigde btw te hebben betaald. Op 11 november 2019 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster en werkgeefster. Op 12 november 2019 heeft werkgeefster werkneemster op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt onder meer het ontslag op staande voet te vernietigen.

Oordeel

Werkgeefster heeft een kopie van een prijslijst met de door werkneemster aangeschafte producten overgelegd die bij de kassa ligt. Daarop is voor de betreffende producten een prijs advies verkoop consument (inclusief btw) te zien en een prijs inkoop professional (exclusief btw). Geoordeeld wordt dat de overgelegde lijst voldoende duidelijk is. De berekening die gemaakt moet worden om van de exclusiefprijs naar de inclusiefprijs te komen (bedrag plus 21%) is ook niet zodanig ingewikkeld dat een vergissing, en dan ook nog viermaal in een relatief kort tijdsbestek, aannemelijk is. Als het voor werkneemster niet duidelijk was welke

prijs berekend moest worden, had ze navraag moeten doen. Werkneemster heeft betwist dat de behandeling van haar moeder anderhalf uur heeft geduurd (het zou een half uur zijn geweest), dat het een volledige behandeling was (ze zou haar moeder enkel een gezichtsmasker hebben gegeven) en dat voor familieleden van medewerkers een kortingspercentage van 25% geldt (en geen percentage van 50% waar zij van uit was gegaan). Volgens werkgeefster zou voor de behandeling € 100,13 afgerekend moeten worden, maar is slechts € 20 afgerekend. Geoordeeld wordt dat zelfs al zou de behandeling korter zijn geweest dan in de agenda was ingepland en zelfs al zou worden uitgegaan van een kortingspercentage van 50%, dat werkneemster dan nog voor de betreffende behandeling geen juist bedrag heeft gerekend. Uit hetgeen hiervoor is overwogen is voldoende komen vast te staan dat werkneemster producten heeft meegenomen zonder daarvoor het juiste bedrag te betalen en haar moeder een te laag bedrag voor de ondergane behandeling in rekening heeft gebracht. Daarmee heeft werkneemster haar werkgever financieel benadeeld. Dat levert een dringende reden voor ontslag op staande voet op.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 17-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:1028

Zaaknummer: 8270486 \ HA VERZ 20-6

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: G. de Gelder en V. Hofman-Back

Wetsartikelen: 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Het door werkgever gegeven ontslag op staande voet wegens verduistering van de verkoopopbrengst van een fles champagne is niet rechtsgeldig gegeven. Daarnaast leveren de feiten en omstandigheden geen redelijke grond voor (voorwaardelijke) ontbinding op.*Feiten*

Werknemer is op 7 februari 2018 in dienst getreden bij werkgever. Op 27 juni 2019 is werknemer op non actief gesteld. Op 4 juli 2019 is werknemer op staande voet ontslagen. Per brief van 4 juli 2019 heeft werkgever geschreven dat werknemer op non-actief is gesteld wegens disfunctioneren. Dat betrof met name de aansturing van de medewerkers aan wie hij leiding behoort te geven. Daarnaast schrijft werkgever te hebben geconstateerd dat werknemer een kostbare fles champagne niet op de kassa heeft aangeslagen, terwijl de fles wel aan een klant is verkocht. Tot slot is werkgever van mening dat sprake is van verduistering. Tijdens werktijden is veelvuldig sprake van “terugslaan op de kassa”, terwijl daar niet of nauwelijks sprake van is wanneer werknemer niet aanwezig is. Werknemer heeft de verduistering van de verkoopopbrengst van de fles champagne ontkend en verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. Werkgever verzoekt bij wijze van tegenverzoek de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden.

Oordeel

Werkgever heeft aangegeven het ontslag op staande voet uitsluitend nog te baseren op de verduistering van een fles champagne. Ter onderbouwing heeft hij bij het verweerschrift twee afdrucken van camerabeelden overgelegd waarop de tijdweergave 15 juni 2019 om 17.56 uur is te zien. Werknemer heeft ter zitting erkend dat hij degene is die op de beelden te zien is. De kantonrechter stelt vast dat op de afbeeldingen te zien is dat door de werknemer een magnum – een fles van 1,5 liter en dus niet een gewone fles van 75 cl – uit de wijnkast wordt gehaald. Werkgever heeft op verzoek van werknemer per fax van 22 oktober 2019 een lijst van de pinbetalingen van 15 juni 2019 overgelegd. Op die lijst is te zien dat op 15 juni 2019 om 17.53 uur een bedrag van € 169 via een pinbetaling is voldaan. Dit bedrag komt overeen met de prijs van een magnum fles champagne zoals vermeld op de door de werkgever overgelegde prijslijst van de werkgever. Ter zitting hebben beide partijen bevestigd dat daarmee vaststaat dat op 15 juni 2019 om 17.53 uur is betaald voor een magnum. Werkgever heeft bij het verweerschrift een uitdraai van de in het kassasysteem geregistreerde omzet van 15 juni 2019 overgelegd. Op deze lijst is niet te zien wat door wie is aangeslagen en teruggeslagen maar wel wat er die dag is omgezet. Op deze lijst komt geen bedrag van € 169 voor en ook niet de omschrijving

champagne of magnum. Naar het oordeel van de kantonrechter kan op grond van al het voorgaande slechts worden vastgesteld dat werknemer op 15 juni 2019 rond 17.53 uur een magnum uit de wijnkast heeft gehaald en dat de prijs van de magnum rond dat tijdstip via de pin is betaald. Hieruit volgt echter niet dat de werknemer de opbrengst van de magnum heeft verduisterd. Het enkele gegeven dat de magnum niet op de overgelegde omzetlijst staat, is onvoldoende om aan te nemen dat € 169 aan contanten uit de kassa is verdwenen, laat staan dat werknemer dit zou hebben gedaan. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de verduistering die ten grondslag is gelegd aan het ontslag op staande voet niet is komen vast te staan en het ontslag dus niet rechtsgeldig is gegeven. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door werkgever naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond voor ontbinding op.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 20-11-2019

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:14634

Zaaknummer: 8006480/19-50509

Rechters: A.M.H. van der Poort-Schoenmakers

Advocaten: L.H.E. Drenthe en P.S.M. van den Enden

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:669 BW, 7:761 lid 9 sub c BW, 7:625 BW, en

RECHTSPRAAK

Dat werkgeefster zonder enige grond haar werknemers wil blijven verplichten om, in ploegendiensten, op de werkvloer aanwezig te zijn in een situatie dat er geen werk is en ook niet meer gaat komen, is in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap.

Feiten

Uniport Multipurpose Terminals B.V. (hierna: Uniport) is een terminal operator, waar zowel short sea als deep sea containerschepen werden geladen en gelost. Bij Uniport werken (thans nog) 161 mensen. Er wordt gewerkt in een volcontinue drieploegendienst volgens een vast rooster. De ondernemingsraad van Uniport Multipurpose Terminals B.V. (hierna: de Ondernemingsraad) heeft negen zetels, waarvan er op dit moment zeven bezet zijn. Werknemer 3 is voorzitter van de Ondernemingsraad en werknemer 1 en 2 zijn leden van de Ondernemingsraad. Uniport is voornemens de huidige exploitatie per 31 maart 2020 te staken. In dat kader is op 20 november 2019 bij het UWV een melding tot collectief ontslag van alle werknemers (op dat moment 197) gedaan. Vanaf november 2019 is Uniport in onderhandeling met FNV Havens (hierna: FNV) over een Sociaal Plan. In overleg met FNV is verzocht om zo veel werknemers als mogelijk vrij te stellen van werk. Het laatste schip is op 16 december 2019 in de terminal van Uniport aangekomen en de laatste container is op 6 februari 2020 van het terrein van Uniport gegaan. Voor de werknemers van Uniport is er geen werk meer. Uniport verplicht de werknemers echter om op de voor hen geldende werktijden volgens het voor hen geldende volcontinue ploegenrooster aanwezig te zijn. De Ondernemingsraad en werknemer 1, 2, en 3 vorderen onder meer Uniport te veroordelen om haar werknemers vrij te stellen van de verplichting om op het werk aanwezig te zijn zo lang de bedongen arbeid dan wel passende en in redelijkheid op te dragen arbeid niet aanwezig is.

Oordeel

Artikel 7:611 BW verplicht een werkgever zich als een goed werkgever te gedragen. In het kader van goed werkgeverschap wordt veelal aangenomen dat een werknemer in beginsel recht op arbeid in de zin van feitelijke tewerkstelling heeft. Het onderhavige geval betreft feitelijk de omgekeerde situatie, namelijk de vraag of een werknemer aanspraak kan maken op een vrijstelling van arbeid. Vaststaat dat er voor de werknemers geen werk meer is en ook niet meer gaat komen. Uniport heeft in het overleg met FNV te kennen gegeven dat zij niet eerder dan wanneer het Sociaal Plan is vastgesteld in overweging wil nemen om de werknemers vrij te stellen van de verplichting om op het werk aanwezig te zijn. De vraag waarom de aanwezigheid van de werknemers op de werkvloer daarvoor noodzakelijk is, beantwoordt

Uniport feitelijk niet. Ontdaan van alle franje komt het er dan op neer dat Uniport zonder enige grond haar werknemers wil blijven verplichten om, in ploegendiensten, op de werkvloer aanwezig te zijn in een situatie dat er geen werk is en ook niet meer gaat komen. Dat handelen van Uniport is niet anders te betitelen dan in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap. Een grond voor het treffen van voorzieningen is daarmee gegeven. Andere door de Ondernemingsraad aangedragen grondslagen voor zijn vorderingen behoeven dan strikt genomen geen bespreking meer. De voorzieningenrechter wil desalniettemin en gelet op het verweer van Uniport, nog kort aandacht besteden aan de arbeidsomstandigheden. Ongeacht het antwoord op de vraag of de verplichte aanwezigheid voor één of meer werknemers heeft geleid tot arbeidsongeschiktheid, is voldoende voorstelbaar dat het in ploegendiensten moeten komen opdraven terwijl er geen werk is en komt, en de tijd moeten doden met darten en kaarten, stressvol en ziekmakend kan zijn. Dat raakt aan de tot goed werkgeverschap behorende verplichting om ervoor te zorgen dat werknemers gezond kunnen werken. Het belang bij het gevorderde is daarmee ook gegeven. De vorderingen tot vrijstelling van werk en mededeling daarover wordt dan ook toegewezen. Gelet op het bepaalde in artikel 7:628 lid 1 BW hebben de werknemers recht op hun volledige loon, nu zij de overeengekomen arbeid niet kunnen verrichten door een oorzaak die voor rekening van werkgever Uniport komt.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:1674

Zaaknummer: C/10/591182 / KG ZA 20-130

Rechters: P. de Bruin, R.J.R.M. de Bok en S.B. Piekaar-Bouthoorn

Advocaten: P.A.A. Lelijveld

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Dat werkgeefster zonder enige grond haar werknemers wil blijven verplichten om, in ploegendiensten, op de werkvloer aanwezig te zijn in een situatie dat er geen werk is en ook niet meer gaat komen, is in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap.

Feiten

Uniport Multipurpose Terminals B.V. (hierna: Uniport) is een terminal operator, waar zowel short sea als deep sea containerschepen werden geladen en gelost. Bij Uniport werken (thans nog) 161 mensen. Er wordt gewerkt in een volcontinue drieploegendienst volgens een vast rooster. De ondernemingsraad van Uniport Multipurpose Terminals B.V. (hierna: de Ondernemingsraad) heeft negen zetels, waarvan er op dit moment zeven bezet zijn. Werknemer 3 is voorzitter van de Ondernemingsraad en werknemer 1 en 2 zijn leden van de Ondernemingsraad. Uniport is voornemens de huidige exploitatie per 31 maart 2020 te staken. In dat kader is op 20 november 2019 bij het UWV een melding tot collectief ontslag van alle werknemers (op dat moment 197) gedaan. Vanaf november 2019 is Uniport in onderhandeling met FNV Havens (hierna: FNV) over een Sociaal Plan. In overleg met FNV is verzocht om zo veel werknemers als mogelijk vrij te stellen van werk. Het laatste schip is op 16 december 2019 in de terminal van Uniport aangekomen en de laatste container is op 6 februari 2020 van het terrein van Uniport gegaan. Voor de werknemers van Uniport is er geen werk meer. Uniport verplicht de werknemers echter om op de voor hen geldende werktijden volgens het voor hen geldende volcontinue ploegenrooster aanwezig te zijn. De Ondernemingsraad en werknemer 1, 2, en 3 vorderen onder meer Uniport te veroordelen om haar werknemers vrij te stellen van de verplichting om op het werk aanwezig te zijn zo lang de bedongen arbeid dan wel passende en in redelijkheid op te dragen arbeid niet aanwezig is.

Oordeel

Artikel 7:611 BW verplicht een werkgever zich als een goed werkgever te gedragen. In het kader van goed werkgeverschap wordt veelal aangenomen dat een werknemer in beginsel recht op arbeid in de zin van feitelijke tewerkstelling heeft. Het onderhavige geval betreft feitelijk de omgekeerde situatie, namelijk de vraag of een werknemer aanspraak kan maken op een vrijstelling van arbeid. Vaststaat dat er voor de werknemers geen werk meer is en ook niet meer gaat komen. Uniport heeft in het overleg met FNV te kennen gegeven dat zij niet eerder dan wanneer het Sociaal Plan is vastgesteld in overweging wil nemen om de werknemers vrij te stellen van de verplichting om op het werk aanwezig te zijn. De vraag waarom de aanwezigheid van de werknemers op de werkvloer daarvoor noodzakelijk is, beantwoordt

Uniport feitelijk niet. Ontdaan van alle franje komt het er dan op neer dat Uniport zonder enige grond haar werknemers wil blijven verplichten om, in ploegendiensten, op de werkvloer aanwezig te zijn in een situatie dat er geen werk is en ook niet meer gaat komen. Dat handelen van Uniport is niet anders te betitelen dan in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap. Een grond voor het treffen van voorzieningen is daarmee gegeven. Andere door de Ondernemingsraad aangedragen grondslagen voor zijn vorderingen behoeven dan strikt genomen geen bespreking meer. De voorzieningenrechter wil desalniettemin en gelet op het verweer van Uniport, nog kort aandacht besteden aan de arbeidsomstandigheden. Ongeacht het antwoord op de vraag of de verplichte aanwezigheid voor één of meer werknemers heeft geleid tot arbeidsongeschiktheid, is voldoende voorstelbaar dat het in ploegendiensten moeten komen opdraven terwijl er geen werk is en komt, en de tijd moeten doden met darten en kaarten, stressvol en ziekmakend kan zijn. Dat raakt aan de tot goed werkgeverschap behorende verplichting om ervoor te zorgen dat werknemers gezond kunnen werken. Het belang bij het gevorderde is daarmee ook gegeven. De vorderingen tot vrijstelling van werk en mededeling daarover wordt dan ook toegewezen. Gelet op het bepaalde in artikel 7:628 lid 1 BW hebben de werknemers recht op hun volledige loon, nu zij de overeengekomen arbeid niet kunnen verrichten door een oorzaak die voor rekening van werkgever Uniport komt.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-02-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:1674

Zaaknummer: C/10/591182 / KG ZA 20-130

Rechters: P. de Bruin, R.J.R.M. de Bok en S.B. Piekaar-Bouthoorn

Advocaten: P.A.A. Lelijveld

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW