

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 51, 2021

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. Kuijjer, 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

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:1891](#) 17-12-2021

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3978](#) 21-12-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979](#) 21-12-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:3715](#) 14-12-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:3717](#) 14-12-2021

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:11419](#) 14-12-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:3722](#) 14-12-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3871](#) 07-12-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:3872](#) 07-12-2021

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:11435](#) 07-12-2021

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:12432](#) 16-12-2021

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:7321](#) 14-12-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:9382](#) 08-12-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:11361](#) 08-12-2021

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:13704](#) 07-12-2021

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:7113](#) 06-12-2021

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:6067](#) 03-12-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:11869](#) 02-12-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:11826](#) 30-11-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:8978](#) 30-11-2021

- [Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:11226](#) 30-11-2021
- [Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:7094](#) 29-11-2021
- [Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6762](#) 24-11-2021
- [Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:9307](#) 12-11-2021
- [Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:5609](#) 10-11-2021
- [Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:9306](#) 08-11-2021
- [Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:12437](#) 05-11-2021
- [Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:11486](#) 03-11-2021
- [Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:11616](#) 19-10-2021
- [Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:6900](#) 01-10-2021
- [Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:11870](#) 21-09-2021
- [Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:11871](#) 21-09-2021
- [Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:13691](#) 14-09-2021
- [Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:9018](#) 22-12-2015

Uitspraken zonder ECLI

[Rechtbank Midden-Nederland](#) 13-12-2021

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[Vakantieloon en ziekte: meer duidelijkheid, maar niet over alles](#)

J.R. Vos

ANNOTATIE

Vakantieloon en ziekte: meer duidelijkheid, maar niet over alles

J.R. Vos

1 Inleiding

Op 9 december 2021 oordeelde het Hof van Justitie (HvJ) dat het vakantieloon tijdens ziekte het 'reguliere' loon betreft en niet een eventueel gekort loon tijdens ziekte.[1] Het arrest bevestigt een lijn die in de Nederlandse jurisprudentie al werd gevolgd en voegt in die zin weinig toe. Wél bieden de overwegingen van het HvJ aanknopingspunten voor een aantal andere onbesliste zaken. Paragraaf 2 vat het relevante juridisch kader tot aan deze zaak samen. In de paragrafen 3 (beschrijving) en 4 (bespreking) behandel ik het arrest. Het arrest geeft verder aanleiding tot een onderzoek naar de bredere vraag of vakantie nu eigenlijk aanspraak geeft op het loon dat de werknemer voorafgaand aan zijn vakantie verdient, of het loon toen hij deze vakantie opbouwde. Die bespreek ik in paragraaf 5. Advocaat-generaal (A-G) Hogan maakte in zijn conclusie opmerkingen die interessant zijn voor de vraag of vakantieaanspraken van zieke werknemers kunnen vervallen, zodat ook dit onderwerp (in paragraaf 6) aan bod komt.[2] Tot slot volgt een conclusie.

2 Vakantie, ziekte en loon: even opfrissen

2.1 De wet en de richtlijn

De bepalingen over vakantie vinden we terug in de artikelen 7:634-7:645 BW. Misschien wel van groter belang is artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG (hierna: artikel 7), dat deze bepalingen grotendeels invult of soms zelfs opzij kan zetten.[3] Lid 1 van dat artikel bepaalt: 'De lidstaten treffen de nodige maatregelen 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.'

Artikel 7 is voer geweest voor een gestage stroom aan jurisprudentie. Een snelle blik in de database op www.eelc-online.com maakt duidelijk dat sinds 2010 geen ander richtlijnartikel in het sociale domein vaker bij het HvJ aan de orde is gekomen. Twee thema's die regelmatig aan de orde zijn geweest, zijn de gevolgen van ziekte voor het recht op vakantie (par. 2.2) en het loon tijdens vakantie (par. 2.3).

2.2 Ziekte

Bekend zijn de arresten over de samenloop van vakantie en ziekte, en dan vooral die over de opbouw en het verval van vakantie tijdens ziekte. Volgens het HvJ staat de richtlijn in de weg aan bepalingen die toestaan dat vakantie vervalt aan het einde van de referentie- en/of overdrachtsperiode, als de werknemer vanwege ziekte geen gebruik heeft kunnen maken van vakantie.[4] Ook bouwt een zieke werknemer vakantie op. Het doet er niet toe dat hij niet heeft gewerkt.[5] Ook in andere zaken heeft het HvJ zieke werknemers beschermd,[6] waarbij het soms de grenzen van de redelijkheid heeft opgezocht en misschien wel heeft overschreden.[7]

2.3 Vakantieloon

2.3.1 Algemeen

Artikel 7 geeft de werknemer recht op vakantie *met behoud van loon*. De richtlijn vult het loonbegrip niet verder in; het HvJ doet dat in zijn rechtspraak wel. Allereerst zijn het recht op vakantie en het recht op doorbetaling uit hoofde daarvan twee aspecten van één recht.[8] Het is sinds de arresten *Robinson-Steele* en *Williams* bekend dat het normale loon leidend is en dat de werknemer zich tijdens vakantie moet bevinden in een positie die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte periodes.[9] De zekerheid dat de werknemer er financieel niet op achteruit gaat, maakt namelijk dat hij zijn recht op vakantie daadwerkelijk durft te benutten. Dit baat uiteindelijk de veiligheid en gezondheid van de werknemer, zo is de gedachte.

Uit HvJ-jurisprudentie blijkt verder – (te) kort samengevat – dat structureel uitgekeerde toeslagen, provisies en overwerkvergoedingen in het vakantieloon moeten worden verdisconteerd,[10] en dat het hanteren van een berekeningsmethode die leidt tot een lager vakantieloon dan het gebruikelijk arbeidsloon niet is toegestaan.[11]

Ook Nederland kent een ruim vakantieloonbegrip. Volgens artikel 7:639 lid 1 BW houdt de werknemer tijdens zijn vakantie recht op loon. Volgens de Hoge Raad is dit loon 'het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon', dus inclusief emolumenten en vergoedingen.[12] Vaak vallen het Europese en Nederlandse vakantieloonbegrip samen, mede vanwege de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie. Wel kan het Nederlandse vakantieloonbegrip onder omstandigheden ruimer zijn.[13]

2.3.2 Vakantieloon tijdens ziekte

Het HvJ had zich tot aan het hier besproken arrest nog niet uitgelaten over het vakantieloon tijdens ziekte. In Nederland kenden we al enige rechtspraak op dit punt.[14] Zo overwoog de Rotterdamse kantonrechter dat een zieke werkneemster, die in haar tweede ziektejaar 70% van het bedongen loon had ontvangen, bij de uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen (bij einde dienstverband) recht had op het bedongen loon.[15] Volgens hem wees de HvJ-

jurisprudentie op een ruim loonbegrip. Bovendien lag het gezien de tekst van de artikelen 7:639 en 7:641 BW voor de hand om uit te gaan van het bedongen loon en niet van het 'gekorte' loon tijdens ziekte. Kantonrechter Zaanstad kwam tot hetzelfde oordeel over de afkoop van vakantie (wederom bij einde dienstverband) van een werknemer die inmiddels langer dan twee jaar ziek was en geen aanspraak meer had op loon.[16] De Centrale Raad van Beroep kwam tot een soortgelijk oordeel in een zaak waarin het UWV de betalingsverplichtingen van een werkgever had overgenomen.[17] Ondanks deze toch bestendige lijn besloot rechtbank Overijssel tot het stellen van prejudiciële vragen.

3 De zaak

3.1 Feiten en prejudiciële vragen

De zaak speelde tussen een ambtenaar van de Belastingdienst en de Staatssecretaris van Financiën. De ambtenaar was sinds 24 november 2015 langdurig (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt wegens ziekte – omwille van de leesbaarheid spreek ik hierna ook wel van 'ziekte' – en was aan het re-integreren. Volgens het toepasselijke Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) had hij in zijn eerste ziektejaar 100% van zijn bezoldiging ontvangen. In het tweede ziektejaar werd dat 70% voor de uren die hij nog ziek was, en 100% voor de uren die hij inmiddels weer werkte. Toen hij in 2017 vakantie opnam, ontving hij datzelfde (samengestelde) bedrag als vakantieloon. De ambtenaar meende echter dat hij tijdens vakantie recht had op de volle 100% van zijn salaris bij gezondheid. Na een afgewezen bezwaar (in oktober 2017) belandde de zaak bij de rechtbank Overijssel (afdeling bestuursrecht). Het duurde vervolgens maar liefst tot mei 2020 voordat deze rechtbank besloot tot het stellen van prejudiciële vragen.[18] De drie gestelde vragen kunnen we in één vraag samenvatten: kan men het vakantieloon tijdens ziekte baseren op het gebruikelijke loon tijdens ziekte, als dat lager is dan het reguliere (bedongen) loon?

3.2 Overwegingen Hof van Justitie

Allereerst is het recht op vakantie met behoud van loon een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie. De richtlijn strekt tot verbetering van de veiligheid, hygiëne en gezondheid van werknemers op het werk. Dit uit zich onder meer in een recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, die ertoe dient de werknemer de gelegenheid te geven uit te rusten van zijn werk en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken.[19]

Dit doel onderscheidt vakantie van andere soorten verlof, zoals ziekteverlof (dat dient immers tot herstel van ziekte). Voor aanspraak op vakantie wordt verondersteld dat de werknemer heeft gewerkt. Pas dan zijn rust en ontspanning immers nodig. Daarom berekent men de omvang van het recht op vakantie in beginsel op basis van de gewerkte tijd.[20]

Uit jurisprudentie over het loonbegrip volgt dat de werknemer tijdens zijn vakantie recht heeft op het normale loon, omdat hij op dat moment in een situatie moet zitten die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte periodes. Hoewel de invulling van het loonbegrip in principe is voorbehouden aan lidstaten, mag dit geen gevolgen hebben voor het

recht van de werknemer op die vergelijkbare positie.[21]

Vervolgens gaat het HvJ in op bijzondere situaties, waarin een lidstaat niet kan eisen dat een werknemer heeft gewerkt. Dit geldt bijvoorbeeld bij ziekte: uit jurisprudentie blijkt dat werknemers die wegens ziekte niet hebben kunnen werken, voor het recht op vakantie worden gelijkgesteld met werknemers die wel hebben gewerkt. Daarover heeft het HvJ geoordeeld dat arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in beginsel onvoorzienbaar is en losstaat van de wil van de werknemer. Dit volgt overigens ook uit artikel 5 lid 4 IAO-verdrag nr. 132 (over vakantie met behoud van loon) dat onder meer ziekte als arbeidstijd aanmerkt. Hieruit volgt dat het recht op vakantie met behoud van loon niet kan worden beperkt omdat de werknemer wegens ziekte niet kon werken. [22]

Na deze uiteenzetting komt het HvJ tot de kern. Als het vakantieloon lager ligt dan het normale loon, weerhoudt dit de werknemer wellicht van het nemen van vakantie. In dit geval is het vakantieloon gelijk aan het loon tijdens de referentieperiode, de periode waarin de werknemer het recht heeft verworven. Dat moge zo zijn, maar in essentie is daarmee het recht op vakantie met behoud van een volledig loon afhankelijk van de verplichting om in de referentieperiode voltijds te werken. Bovendien hangt de waarde van het recht op vakantie op deze manier af van het moment waarop de werknemer vakantie heeft. Ten derde is het vakantieloon dan weliswaar hetzelfde als het loon tijdens de referentieperiode, het is wél lager dan wanneer de werknemer niet ziek zou zijn geweest.[23]

Nu het intreden van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in beginsel onvoorzienbaar is en onafhankelijk van de wil van de betrokken werknemer, moet deze voor wat betreft het recht op vakantie in een vergelijkbare positie verkeren als werknemers die daadwerkelijk hebben gewerkt. Zodoende moet dit recht worden bepaald op basis van tijdvakken waarin daadwerkelijk is gewerkt, zonder dat rekening wordt gehouden met verminderingen van het loon als gevolg van ziekte. Gelet op het doel van vakantie laat de ziekte van de werknemer bovendien het recht op een volledig, niet-gekort loon tijdens die vakantie onverlet.[24]

Zodoende oordeelt het HvJ: artikel 7 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG verzet zich tegen bepalingen die bij de vaststelling van het vakantieloon van een zieke werknemer rekening houden met de korting die als gevolg van ziekte wordt toegepast op het loon dat de werknemer ontving in het arbeidstijdvak dat voorafging aan de aangevraagde vakantie.

4 Commentaar

4.1 Vakantieloon versus ziekte

Ook in deze situatie beschermt het HvJ de vakantie van zieke werknemers. Dat is niet heel verrassend, maar het is aardig te zien hoe het HvJ zijn arrest opbouwt. De bescherming van de vakantie van zieke werknemers is, reeds sinds *Schultz-Hoff*, in wezen gebaseerd op twee argumenten (die hierboven al even genoemd werden):[25]

(1) artikel 7 kent aan *alle* werknemers vakantie toe, ziek of niet. Een lidstaat mag daarom niet

de voorwaarde stellen dat een werknemer daadwerkelijk heeft gewerkt;

(2) volgens overweging 6 van de richtlijn moet er rekening worden gehouden met de beginselen van de Internationale Arbeidsorganisatie ter zake van de organisatie van de arbeidstijd, met inbegrip van de nachtarbeid. Artikel 5 lid 4 IAO-verdrag 132 (over vakantie met behoud van loon) merkt onder meer ziekte als arbeidstijd aan waarover de werknemer vakantie opbouwt. Dit werkt door in de richtlijn.

Terzijde: het HvJ is de rechtspraak over vakantieopbouw recent (anders) gaan structureren. Een recht op vakantie ontstaat pas als de werknemer werkt.[26] In situaties waarin dat niet het geval is, bouwt een werknemer niettemin toch vakantie op bij een bevestigend antwoord op de volgende twee vragen: (1) is de onmogelijkheid om te werken voor de werknemer onvoorzienbaar en (2) vindt dit buiten zijn wil plaats? Uit de rechtspraak tot dusver blijkt dat dit het geval is bij ziekte en onrechtmatig ontslag,[27] maar niet bij het opnemen van ouderschapsverlof.[28]

Terug naar de bescherming van vakantie van zieke werknemers. Tot dusver voerde het HvJ de zojuist uiteengezette argumenten voor de bescherming van de vakantie van zieke werknemers aan in zaken over de opbouw, de opname en het verval van vakantie tijdens ziekte. De nadruk lag dus altijd op *vakantie*. Om diezelfde argumenten ook toe te passen op het *behoud van loon* past het HvJ een uit eerdere zaken bekende overweging iets aan. In punt 32 overweegt het HvJ dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet kan worden *beperkt* omdat de werknemer wegens ziekte niet kon werken. Het verwijst daarbij naar punt 63 van zijn arrest *Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*. [29] Daarin overwoog het echter (onder verwijzingen naar soortgelijke situaties) dat het recht op vakantie niet mocht worden *verminderd*, waarbij het duidelijk ging om een beperking van de *opbouw* ervan.

Dit ‘aanpassen’ of in een andere context laten terugkomen van een overweging, is een techniek die het HvJ vaker hanteert. Dat is in dit geval goed te rechtvaardigen. Vakantie en loon zijn immers twee aspecten van één recht. Het zou vreemd zijn de opbouw niet te mogen beperken maar het loon wel. Vanuit die insteek wijst het HvJ met een paar argumenten af dat een vakantieloon gebaseerd op een (gekort) ziekteloon zou voldoen:

(1) Als het vakantieloon is gebaseerd op het ziekteloon, wordt voor een ‘vol’ vakantieloon in wezen (en in strijd met de richtlijn) vereist dat een werknemer daadwerkelijk heeft gewerkt (punt 36).

(2) Met het baseren van het vakantieloon op het ziekteloon wordt de waarde van het recht op vakantie afhankelijk van de datum waarop het wordt uitgeoefend (punt 37). Het HvJ verwijst hier naar punt 31 van de conclusie van A-G Hogan, die overweegt dat hiermee een voorwaarde wordt gesteld aan het ‘behoud van loon’.

(3) Het vakantieloon is lager dan de werknemer zou hebben ontvangen als hij niet ziek zou zijn geweest (punt 38).

Daarom moet het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon worden berekend aan de hand van tijdvakken waarin *daadwerkelijk* werkzaamheden zijn verricht, zonder dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat er wegens ziekte een korting op het loon plaatsvindt.[30] Waar ziekte voor de *opbouw* van vakantie dus als periode van arbeid moet worden beschouwd, is dit voor de *betaling van het loon* tijdens die vakantie dus juist niet het geval.

4.2 Gevolgen van het arrest

De zaak is zeker niet voor alle EU-lidstaten relevant. Zo is het in lang niet alle lidstaten mogelijk dat een zieke werknemer überhaupt vakantie opneemt.[31] Ook in Nederland lijkt de betekenis van de zaak beperkt. Uit de (schaarse) rechtspraak op dit punt volgt immers al dat een werknemer tijdens zijn vakantie recht heeft op zijn volledige loon (zie par. 2.3.2). Het ging in dit geval om een ambtenaar, maar ook voor ambtenaren geldt sinds de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) het civiele vakantieloonbegrip. En zelfs als het HvJ-arrest een andere uitkomst had gehad, was de impact wellicht klein geweest. De Nederlandse rechtspraak was immers voor een belangrijk deel gebaseerd op artikel 7:639 BW, en niet zozeer de Europese invulling ervan. Nederlandse rechters zouden die rechtspraak mogen handhaven. Artikel 15 Richtlijn 2003/88/EG staat het lidstaten immers toe dat voor werknemers gunstiger bepalingen gelden (de ‘nationale kop’). Dit arrest sluit dus vooral de ruimte af om in de toekomst anders te beslissen.

De overwegingen van het HvJ gaan eveneens op in de situatie waarin de werknemer tijdens ziekte tegen een gekort loon vakantie opbouwt, maar die pas na afloop van de ziekte – dus wanneer hij weer zijn volledige loon ontvangt – opneemt. Tegen het baseren van het vakantieloon op het gekorte ziekteloon bestond al het argument dat dit de werknemer ervan zou kunnen weerhouden vakantie op te nemen,[32] maar dit arrest maakt aan alle onzekerheid een einde. Was dit dan überhaupt een issue? Dat is een mooi bruggetje naar de volgende paragraaf.

5 Vakantieloon: *ex tunc* of *ex nunc*?

Over vakantieloon bestaat dan wel de nodige jurisprudentie en literatuur, de vraag wat het te hanteren peilmoment bij vakantieloon is, is nauwelijks aan de orde geweest. Afgezien van bijzondere situaties, zoals ziekte, zijn er twee logische opties:

- (1) een vakantieloon *ex tunc*, dat is gebaseerd op het loon tijdens de (referentie)periode waarin de vakantie is opgebouwd; en
- (2) een vakantieloon *ex nunc*, dat is gebaseerd op het loon direct voorafgaand aan de vakantie.

De financiële gevolgen van de keuze voor een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc* kunnen aanzienlijk zijn. Op ondernemingsniveau kan zelfs een bescheiden algemene loonstijging aardig in de papieren lopen, maar vooral in individuele gevallen (bijvoorbeeld bij promoties, of demoties) kan het verschil aanzienlijk zijn. Daarmee kan het invloed hebben op de keuze

om wel of geen vakantie op te nemen.

De richtlijn bepaalt niets over een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc*. IAO-verdrag nr. 132 (over vakantie met behoud van loon), waaraan het HvJ nog wel eens waarde hecht, ook niet.[33] Het BW evenmin: artikel 7:639 lid 1 schrijft slechts voor dat de werknemer 'recht op loon' behoudt. Mijn indruk is dat in de meeste gevallen wordt uitgegaan van het loon *ex nunc*, al ben ik vanuit de praktijk ook bekend met situaties waarin werkgevers het loon *ex tunc* hebben gehanteerd.

In Duitsland is wél duidelijk omschreven wat men als referentieperiode voor de vaststelling van het vakantieloon moet hanteren. Het *Bundesurlaubgesetz* schrijft voor (in art. 11) dat in beginsel van het gemiddelde loon in de dertien weken voorafgaand aan de vakantie wordt uitgegaan; in geval van een structurele loonsverhoging moet het 'nieuwe' bedrag in aanmerking worden genomen.[34]

Uit de jurisprudentie blijkt geen nadrukkelijke keuze voor een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc*. Volgens het HvJ is de samenstelling van het loon binnen zekere grenzen aan lidstaten voorbehouden.[35] Nu lijkt het vaststellen van zo'n referentietijdstip of -periode een aan lidstaten voorbehouden 'toepassingsmodaliteit', maar daar schieten we niets mee op zolang het HvJ een lidstaat kan terugfluiten. De toepassingsmodaliteiten mogen namelijk geen gevolgen hebben voor het recht van de werknemer op gelijke economische voorwaarden tijdens zijn vakantie,[36] waarbij het HvJ uiteindelijk het laatste woord heeft (gesteld dat de zaak daar komt).

Uit de HvJ-jurisprudentie tot aan dit arrest konden we al enige gezichtspunten afleiden. Allereerst argumenten voor een vakantieloon *ex tunc*:

(1) Uit de overweging dat het recht op vakantie met behoud van loon in beginsel wordt berekend op basis van tijdvakken van daadwerkelijke arbeid, zou je kunnen afleiden dat ook het loon tijdens die periode leidend is. Het recht op vakantie en het recht op betaling uit hoofde daarvan zijn immers twee aspecten van één recht, onlosmakelijk met elkaar verbonden. Bouw je in een bepaalde periode vakantie op, dan geeft die recht op het bij die periode behorende loon.

(2) Het HvJ heeft over de vergoeding op grond van artikel 7 lid 2 (geen afkoop van vakantie toegestaan, behalve bij einde dienstverband) overwogen dat dit in principe dezelfde vergoeding is als het reguliere vakantieloon (ex art. 7 lid 1).[37] Het tijdstip waarop die vergoeding moet worden berekend kan echter gevolgen hebben voor de regels van die berekening.[38] Een 'specifieke analyse' is dan noodzakelijk, 'met name indien het bedrag van het tijdens de jaarlijkse vakantie verschuldigde loon en het bedrag van de vergoeding voor niet-opgenomen vakantie verschillend zouden zijn ten gevolge van een *wijziging van het loon* (...) in de loop der tijd en met betrekking tot de arbeidstijdeenheid.'[39] [cursivering, JRV] Ik lees die overweging zó, dat je in een dergelijk geval moet terugrekenen en dat je dus niet van de actuele situatie kunt uitgaan. De betreffende zaak, *Greenfield*, ging met name over het recht op vakantie bij tussentijdse wijzigingen van de arbeidsomvang, maar kan hier wellicht ook bruikbaar zijn.

(3) In *Williams* overwoog het HvJ dat de berekening van de hoogte van provisies en toeslagen als onderdeel van het vakantieloon gebaseerd moet zijn ‘op een gemiddelde over een representatief geachte periode’.[40] Een soortgelijk gemiddelde zou je kunnen aanhouden bij een tussentijdse salarisstijging. Het is immers niet zonder meer representatief om het nieuwe, hogere loon aan te houden.

De genoemde argumenten hebben zeker hun waarde. Probleem is wel dat zij vooral zijn ontleend aan zaken of overwegingen die de kern van de HvJ-jurisprudentie over het vakantieloon niet raken. Richtten we ons juist op die kern, dan is het voornaamste argument voor een *ex nunc*-vakantieloon snel gevonden. De redenering is dan als volgt: het vakantieloon moet in beginsel overeenstemmen met het gebruikelijke loon van de werknemer. Een vergoeding ‘die nog net zo hoog is dat geen redelijke kans bestaat dat de werknemer zijn jaarlijkse vakantie niet opneemt’ volstaat evenmin.[41] Als het huidige loon hoger is dan het vakantieloon, ontstaat een situatie waarin de werknemer een prikkel heeft geen vakantie op te nemen.[42] En uit de jurisprudentie volgt juist dat de werknemer die vakantie bij voorkeur opneemt. Als de werknemer inmiddels meer verdient, zou een vakantieloon *ex tunc* hem er mogelijk van weerhouden vakantie te nemen. Of dat per se rechtvaardig is, is een andere vraag; het belang van het recht op vakantie – een grondrecht, zie immers artikel 31 lid 2 van het EU-Grondrechtenhandvest – brengt nu eenmaal mee dat werknemers beschermd moeten worden.

Een vergelijkbare redenering gaat echter ook op voor een vakantieloon *ex tunc*. Als een werknemer weet dat er een loonstijging aan komt, kan hij zijn vakantie immers uitstellen om die later tegen het nieuwe, hogere loon te genieten. Dan zou hij eveneens een prikkel hebben zijn vakantie niet op te nemen. Weliswaar heeft het HvJ overwogen dat vakantie niet aan belang inboet als deze niet in de referentieperiode wordt opgenomen, bij voorkeur wordt deze toch genoten in het jaar waarin de werknemer deze opbouwt.[43]

Persoonlijk vind ik deze redenering beter uit de verf komen bij een pleidooi voor een *ex nunc*-vakantieloon. De voornaamste reden hiervoor is dat het HvJ lidstaten de mogelijkheid biedt de ultieme prikkel te hanteren: het laten vervallen van niet-genoten vakantie. Daarbij geef ik overigens onmiddellijk toe dat die vervalsmogelijkheid niet altijd zal kunnen voorkomen dat een werknemer ervoor kiest de vakantie toch tegen een hoger loon op te nemen, bijvoorbeeld omdat de loonstijging zich binnen een referentieperiode voordoet, of omdat de toepasselijke regels een overdrachtsperiode voor vakantie kennen (zie bijvoorbeeld art. 7:640a BW). Toch lijken me dat omstandigheden die eerder voor risico van de werkgever dan de werknemer komen.

Het HvJ verschaft in de geannoteerde zaak geen duidelijkheid (en hoefde dat ook niet te doen). Wel bevat het arrest een aantal overwegingen waarmee we wellicht iets kunnen:

(1) Een argument voor het HvJ tégen de toepassing van het ziekteloon als het vakantieloon is dat de waarde van het recht in dat geval afhankelijk zou worden gemaakt van de datum waarop het wordt uitgeoefend (punt 37). Dat overweegt het weliswaar in de context van

ziekte, maar al aan de orde kwam dat het HvJ de neiging heeft dergelijke overwegingen later aan te passen of breder te trekken. Stel dat dit het geval is, dan zegt het HvJ eigenlijk: de hoogte van het vakantieloon moet onafhankelijk zijn van het moment waarop de werknemer vakantie heeft.[44] Een vakantieloon *ex tunc* ligt dan in de rede. Een vakantieloon *ex nunc* is immers per definitie afhankelijk van het moment waarop de werknemer vakantie heeft.

(2) Het HvJ overweegt (in punt 39) over de positie van zieke werknemers die vakantie opnemen, dat in een dergelijk geval het recht op vakantie met behoud van loon in beginsel wordt bepaald aan de hand van de tijdvakken waarin daadwerkelijk is gewerkt, zonder dat rekening wordt gehouden met een korting op het loon. Hierbij verwijst het naar de in punt 25 en 30 van het arrest genoemde rechtspraak. Tezamen zeggen deze overwegingen dat het uitgangspunt is dat de rechten op vakantie in beginsel worden berekend op basis van de tijdvakken van daadwerkelijke arbeid, en dat ziekte met arbeid gelijk wordt gesteld. Je zou hieruit kunnen afleiden dat het loon in de referentieperiode inderdaad leidend is.

Al met al zijn er denk ik meer argumenten voor een vakantieloon *ex tunc* dan *ex nunc*. Maar hoe zwaar wegen zij? Eerst dacht ik dat de balans met dit arrest wel zou zijn doorgeslagen naar een vakantieloon *ex tunc*, maar bij nader inzien ben ik er niet zeker van. Het is nu eenmaal zo dat het HvJ het recht op vakantie werknemersbeschermend invult. En daarbij past in de regel toch vooral een zo hoog mogelijk vakantieloon. Totdat het HvJ zich hierover zal uitlaten blijft het echter onduidelijk.

6 Verval van vakantie bij ziekte: is artikel 7:40a BW richtlijnconform?

In zijn conclusie bij het besproken arrest besteedde A-G Hogan aandacht aan de mogelijkheid dat de werknemer zijn vakantie zou uitstellen tot na zijn ziekte, zodat hij weer recht zou hebben op het hogere loon.[45] Dat was volgens hem een mogelijkheid, nu vakantie van zieke werknemers volgens hem niet kon vervallen: 'Zou een werknemer een dergelijke verlaging van zijn loon willen voorkomen, dan zou hij immers enkel hoeven te wachten met het opnemen van zijn vakantie totdat hij weer *volledig geschikt is om de vereiste werkzaamheden te verrichten*. De werknemer loopt niet het risico om zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon te verliezen, als hij zijn jaarlijkse vakantie uitstelt, aangezien de rechtspraak van het Hof het recht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon beschermt in die zin dat het niet vervalt aan het einde van de referentieperiode en/of van een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode.' [46] [cursivering, JRV]

Als het HvJ deze lijn zou volgen, zou dit gevolgen hebben voor de uitleg van artikel 7:640a BW. Dat bepaalt dat de wettelijke vakantieaanspraak zes maanden na afloop van het jaar van opbouw vervalt, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Volgens de wetgever geldt die uitzondering slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals voor langdurig zieke werknemers die tijdens die periode geheel zijn vrijgesteld van re-integratieverplichtingen. [47] Voor 'normaal' zieke werknemers geldt die vervaltermijn daarentegen wel. Dit standpunt wordt ook wel gevolgd in de jurisprudentie.[48]

Het standpunt van de wetgever is vanuit een Unierechtelijke blik overigens discutabel. Al aan

de orde kwam dat volgens het HvJ vakantie niet kan vervallen als de werknemer deze vanwege ziekteverlof niet heeft kunnen opnemen; bovendien heeft een werknemer desgewenst het recht om vakantie op te nemen in een andere periode dan tijdens het ziekteverlof.[49] Veel hangt af van de betekenis van het begrip ‘*ziekteverlof*’, een door het HvJ geïntroduceerd maar nergens gedefinieerd begrip. Het woord ‘verlof’ veronderstelt dat een werknemer niet hoeft te werken. Maar veel re-integrerende werknemers zijn op een bepaald moment toch aan het werk, waardoor je kunt betogen dat zij geen *ziekteverlof* genieten.[50] Bovendien sluit het hanteren van een vervaltermijn echter goed aan gelet op de recuperatiefunctie van vakantie.[51]

Toch lijkt die dunne verdedigingslijn mij moeilijk houdbaar. Zij is in strijd met het beschermende karakter dat het HvJ aan ziekte toekent. Ook het arrest *Sobczyszyn* suggereert dat.[52] In dat arrest kwam de ‘beschermende’ werking van ziekteverlof namelijk ook toe aan een met goedkeuring van een keuringsarts toegekend ‘verlof tot herstel van de gezondheid’ (punt 29). Die betrokkenheid van een keuringsarts heeft toch iets weg van ‘onze’ re-integratie.

Als het HvJ de overweging van A-G Hogan zou hebben overgenomen, zou het standpunt van de wetgever sowieso de prullenbak in kunnen. Het HvJ herhaalde die overweging echter niet. Dat hoeft niets te betekenen; het HvJ kon simpelweg ook zonder deze overweging tot zijn oordeel komen. We kunnen dus nog niet met zekerheid vaststellen hoe het standpunt van de wetgever moet worden beoordeeld. Wél kunnen we constateren dat het HvJ ook in dit arrest weer een ruime bescherming aan zieke werknemers biedt; wat mij betreft is de kans dan ook groot dat ook het standpunt van de wetgever vroeg of laat toch van tafel moet. Nu verjarings- en vervaltermijnen voor vakantie niet gelden als een werknemer niet in staat is gesteld vakantie op te nemen, doen werkgevers er goed aan zich niet te snel rijk te rekenen.[53]

7 Conclusie

De uitkomst van de zaak is niet verrassend. Andermaal beschermt het HvJ de vakantie van zieke werknemers op maximale wijze. De impact van het arrest lijkt niet bijzonder groot, gelet op de al in Nederland bestaande jurisprudentie. Al met al is het arrest vooral (wederom) een bevestiging dat het HvJ niet duldt dat het recht op vakantie van zieke werknemers wordt beperkt. Het arrest roept verder de vraag op of een vakantieloon *ex tunc* of *ex nunc* heeft te gelden. Tot slot komt de houdbaarheid van de vervaltermijn voor niet-genoten vakantie van zieke werknemers verder onder druk te staan. Wordt hopelijk vervolgd.

[1] HvJ EU 9 december 2021, C-217/20, ECLI:EU:C:2021:987 (*Staatssecretaris van Financiën*).

[2] Conclusie A-G Hogan 8 juli 2021, C-217/20, ECLI:EU:C:2021:559 (*Staatssecretaris van Financiën*).

[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, *PbEG* 2003, L 299/9-19.

[4] HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18

(*Schultz-Hoff e.a.*). Overigens mag vakantie alsnog vervallen na afloop van een overdrachtsperiode die wezenlijk langer is dan de referentieperiode. Zie HvJ EU 22 november 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 (*KHS*).

[5] HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*).

[6] HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*); HvJ EU 3 mei 2012, C-337/10, ECLI:EU:C:2012:263 (*Neidel*); HvJ EU 21 juni 2012, C-78/11, ECLI:EU:C:2012:372 (*ANGED*); HvJ EU 21 februari 2013, C-194/12, ECLI:EU:C:2013:102 (*Maestre García*); HvJ EU 19 september 2013, C-579/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:570 (*Heroverweging Commissie/Strack*); HvJ EU 30 juni 2016, C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502 (*Sobczyszyn*).

[7] HvJ EU 20 juli 2016, C-341/15, ECLI:EU:C:2016:576 (*Maschek*), waarin het HvJ oordeelt dat een met behoud van salaris van arbeid vrijgestelde werknemer géén recht heeft op een vergoeding voor tijdens die periode niet-opgenomen vakantie, *tenzij* hij deze wegens ziekte niet heeft kunnen benutten.

[8] HvJ EG 16 maart 2006, gevoegde zaken C-131/04 en C-257/04, ECLI:EU:C:2006:177 (*Robinson-Steele e.a.*), punt 58.

[9] HvJ EG 16 maart 2006, gevoegde zaken C-131/04 en C-257/04, ECLI:EU:C:2006:177 (*Robinson-Steele e.a.*), punt 58 en HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*), punt 20. In het arrest (punt 26-28) verwijst het HvJ overigens alleen naar het meest recente arrest op dit terrein, *Hein* (HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018).

[10] HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*); HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 (*Lock*); HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*).

[11] HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (*Hein*).

[12] HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1017, NJ 1990/499, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.3. Zie uitgebreid S.S.M. Peters, 'Vakantie met behoud van loon – loonbegrip', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:639 BW, aant. 1), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

[13] Zie J.R. Vos, 'Vakantieloon: overuren en andere ontwikkelingen', *ArbeidsRecht* 2021/25, par. 2.3.

[14] Zie hierover uitgebreid S.S.M. Peters, 'Vakantieloon en ziekte', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:639 BW, aant. 3), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

[15] Rb. Rotterdam (ktr.) 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3470.

[16] Rb. Noord-Holland (ktr. Zaanstad) 18 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2766, *JAR* 2018/81, *AR-Updates* 2018-0444.

[17] CRvB 22 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4017, *USZ* 2018/12, m.nt. G.C. Boot, *RSV* 2018/61, m.nt. A.H. Rebel, *SZR-Updates* 2017-0255.

[18] Rb. Overijssel (zp. Zwolle) 20 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1805, *AR Updates* 2020-0649.

[19] Arrest, punt 19-24.

[20] Arrest, punt 25.

[21] Arrest, punt 26-28.

[22] Arrest, punt 29-32.

[23] Arrest, punt 33-38.

[24] Arrest, punt 39-41.

[25] Ondanks veelal instemmende commentaren is er ook wel kritiek. Zie bijvoorbeeld D.F. Berkhout, 'Het Schultz-Hoff-arrest: nooit te ziek voor vakantie', *TAP* 2009, nr. 3, p. 107-112 en K. Riesenhuber, 'Joined Cases C-350/06 and C-520/06, *Gerhard Schultz-Hoff v. Deutsche Rentenversicherung Bund and Mrs C. Stringer and Others v. Her Majesty's Revenue and Customs*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20 January 2009, not yet reported', *Common Market Law Review* 2009 (46), nr. 6, p. 2107-2115. Kritisch over een al te gemakkelijk 'inlezen' van IAO-verdrag 132 in Richtlijn 2003/88/EG, zij het over een andere bepaling dan art. 5 lid 4, is bijvoorbeeld A-G V. Trstenjak 7 juli 2011, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:465 (*KHS*), punt 83-90.

[26] Arrest, punt 25.

[27] HvJ EU 25 juni 2020, gevoegde zaken C-762/18 en C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504 (*Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*).

[28] HvJ EU 4 oktober 2018, C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799 (*Dicu*). Hierover kritisch: E. Carraciolo Di Torella, 'Here we go again: The Court, the value of care and traditional roles within the family: *Dicu*', *Common Market Law Review* 2020 (57), p. 877-888; P. Foubert, 'Kindjes verzorgen vermoeiend? Je hebt er in elk geval zelf voor gekozen! Het Hof van Justitie oordeelt: periodes van ouderschapsverlof hoeven geen recht te openen op jaarlijkse vakantie. Tribunalul Botoşani, Ministerul Justiției vs. Maria Dicu', *SEW* 2019/163.

[29] HvJ EU 25 juni 2020, gevoegde zaken C-762/18 en C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504 (*Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*).

[30] Arrest, punt 39.

[31] Zie de 'Comments from other jurisdictions' bij J.R. Vos, 'Holiday pay during sickness: preliminary questions asked (NL)', *EELC* 2020/41 en T. van der Stel, 'Lapse of the right to paid annual leave: how does *Max Planck* apply to a manager? (NL)', *EELC* 2020, afl. 4, nog niet gepubliceerd.

[32] Zo ook S.S.M. Peters, 'Vakantieloon en ziekte', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:639 BW, aant. 3.1), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

- [33] ILO-verdrag C132, Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (No. 132).
- [34] Zie https://www.gesetze-im-internet.de/burlg/___11.html (laatst bezocht: 21 december 2021).
- [35] Arrest, punt 28. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*), punt 23 en HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 (*Lock*), punt 34.
- [36] Arrest, punt 28.
- [37] HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff e.a.*), punt 53-62.
- [38] HvJ EU 11 november 2015, C-219/14, ECLI:EU:C:2015:745 (*Greenfield*), punt 53.
- [39] HvJ EU 11 november 2015, C-219/14, ECLI:EU:C:2015:745 (*Greenfield*), punt 55.
- [40] Bijvoorbeeld HvJ EU 15 september 2011, C-155/10 (*Williams e.a.*), punt 26.
- [41] HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams e.a.*), punt 21.
- [42] Zie ook arrest, punt 33. Daarin veralgemeniseert het de overweging uit *Hein*, die daar tegen de achtergrond van een lager vakantieloon als gevolg van werktijdverkorting werd gemaakt.
- [43] HvJ EG 6 april 2006, C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244 (*FNV*).
- [44] Dit overigens anders dan A-G Hogan, die in punt 28 van zijn conclusie impliceert dat het (in beginsel) gaat om het loon dat direct voorafgaat aan de vakantie.
- [45] Terzijde: de A-G veronderstelt dus impliciet dat vakantie wordt genoten tegen het actuele loon; hij koppelt deze niet aan de referentieperiode.
- [46] Conclusie, punt 28.
- [47] *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, nr. 3, p. 7-8.
- [48] Zie bijv. Rb. Midden-Nederland (ktr. Utrecht) 27 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:434, *AR-Updates* 2016-0137. Binnenkort verschijnt op *AR-Updates* ook een vonnis van Rb. Den Haag (ktr.) 15 december 2021, 9284383\ RL EXPL 21-10368, met soortgelijke strekking.
- [49] HvJ EG 10 september 2009, C-277/08, ECLI:EU:C:2009:542 (*Vicente Pereda*), punt 25.
- [50] Zie hierover uitvoerig A.G. Veldman, 'Het Europese grondrecht van jaarlijkse vakantie: voorwaarden bij ziekte en (horizontale) doorwerking', *ArA* 2012, nr. 2, p. 52-77, in het bijzonder p. 72-74.
- [51] S.S.M. Peters, 'Uitzonderingen vervaltermijn', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:640a BW, aant. 2.1.1.), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

[52] HvJ EU 30 juni 2016, C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502 (*Sobczyszyn*).

[53] HvJ EU 29 november 2017, C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 (*King*), zie hierover ook J.R. Vos, 'Vakantieloon: overuren en andere ontwikkelingen', *ArbeidsRecht* 2021/25, par. 5.

RECHTSPRAAK

Deliveroo is verplicht deel te nemen aan bedrijfstakpensioenfonds Beroepsvervoer over de weg en dient (achterstallige) pensioenpremies af te dragen.*Feiten*

Deliveroo Netherlands B.V. (hierna: Deliveroo) onderhoudt een digitaal platform waarop onafhankelijke restaurants maaltijden aanbieden die consumenten via dat platform kunnen bestellen. Deliveroo biedt aan de aangesloten restaurants een bezorgservice. Deliveroo zorgt er dan voor dat de bestelde maaltijd per fiets bij de consument wordt bezorgd. Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg (hierna: Bpf Vervoer) is uitvoerder van de pensioenregeling voor de bedrijfstak beroepsvervoer over de weg. Deelneming in Bpf Vervoer is verplicht gesteld bij besluit van 14 april 2014. Bpf Vervoer heeft in eerste aanleg gevorderd – kort gezegd – een verklaring voor recht dat Deliveroo onder de verplichtstelling valt en diensgevolge premie moet betalen ten behoeve van alle werknemers van Deliveroo alsmede veroordeling van Deliveroo tot betaling van ruim € 638.000 aan achterstallige premies. Bpf Vervoer stelt hiertoe dat Deliveroo onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming in het pensioenfonds valt, nu zij goederen (maaltijden) over de weg vervoert en daartoe een vergoeding ontvangt. Het bezorgen van maaltijden betreft de kern van de onderneming van Deliveroo, aldus Bpf Vervoer. Deliveroo verweert zich door onder meer aan te voeren dat zij geen onderneming is in het beroepsvervoer over de weg, maar een technologiebedrijf. Deliveroo biedt een digitale afzetmarkt en een consumentenbestand. Het doel is het bevorderen van het bestellen van eten, aldus Deliveroo. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Deliveroo inderdaad verplicht is deel te nemen aan Bpf Vervoer (zie AR 2019-0910). Haar kernactiviteit is het bezorgen van maaltijden van restaurants en niet slechts het vergroten van bestellingen en het bieden van een platform. Deliveroo is volgens de kantonrechter ruim € 638.000 aan achterstallige pensioenpremies verschuldigd. Deliveroo heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt. Deelname in Bpf Vervoer is – samengevat – verplicht gesteld voor de werknemer die krachtens een arbeidsovereenkomst in dienst is van ‘een onderneming in het beroepsvervoer over de weg’. Deze onderneming is vervolgens gedefinieerd als ‘een natuurlijke of rechtspersoon die in een bedrijf uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden uitoefent behorend tot het wegvervoer’. Wegvervoer is ‘het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg’. Vaststaat dat een onderdeel van de bedrijfsvoering van Deliveroo is het

bezorgen van maaltijden, hetgeen aangemerkt kan worden als het vervoeren van goederen over de weg. Het hof oordeelt dat wellicht in het verleden het begrip ‘goederenvervoer’ in het spraakgebruik vooral zag op (zwaar) gemotoriseerd verkeer, maar dat in de loop van de afgelopen jaren dit begrip aan verandering onderhevig is geweest en thans ook vele andere vormen van niet-gemotoriseerd goederenvervoer omvat, zoals vervoer per (bak)fiets en scooter. Het normale en/of gangbare spraakgebruik bevat dus geen overtuigende aanwijzing voor de stelling van Deliveroo dat bezorging per fiets niet onder de werkingssfeer valt. Tevens is naar het oordeel van het hof voldaan aan de voorwaarde van de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit dat sprake is van ‘vervoer tegen vergoeding’. Dat de vergoeding die Deliveroo ontvangt voor het bezorgen niet kostendekkend zou zijn, is niet van belang. Voor de vraag of sprake is van vervoer tegen vergoeding is ook niet relevant of Deliveroo in alle gevallen het vervoer zelf uitvoert. Ook wanneer de restaurants zelf bezorgen, berekent Deliveroo commissie over de bezorgkosten, omdat de bezorging nu eenmaal deel uitmaakt van haar dienst. Aldus is sprake van ‘vervoer tegen vergoeding’. Deliveroo heeft betwist dat zij ‘uitsluitend of in hoofdzaak’ vervoer tegen vergoeding verricht. In het bestreden vonnis is overwogen dat in 2017 circa 1700 bezorgers werkzaam waren ten behoeve van Deliveroo, en in 2018 circa 1900 bezorgers. Als kantoorpersoneel werkten in 2015 drie personen, in 2016 zestig personen, in 2017 honderd personen en in 2019 117 personen. Tegen deze achtergrond had het op de weg van Deliveroo gelegen om haar betwisting van de stelling dat zij zich uitsluitend of hoofdzakelijk met wegvervoer bezig houdt, nader te onderbouwen en te concretiseren, hetgeen zij volgens het hof niet althans onvoldoende heeft gedaan. Dit had zij onder meer kunnen doen door inzage te geven in hetzij de omzet, hetzij het aantal arbeidsuren dat is gemoeid met de afname door restaurants waarbij geen bezorging plaatsvindt, ten opzichte van de totale omzet/het totale aantal arbeidsuren. Deliveroo heeft hierover geen gegevens verstrekt. Het hof komt tot de conclusie dat het overgrote deel van de loonsom en de arbeidsuren wordt besteed aan bezorging, gelet op de verhouding tussen het aantal personen dat werkzaam is op kantoor versus het aantal bezorgers. Gelet op de gerechtvaardigde veronderstelling dat het merendeel van de bestelde maaltijden door of in opdracht van Deliveroo wordt bezorgd bij de klant, moeten de werkzaamheden van het kantoorpersoneel worden toegerekend aan de hoofdactiviteit van Deliveroo, te weten het bezorgen en daarmee vervoeren van maaltijden over de weg. Het hof oordeelt tot slot dat van strijd met Europees recht (vrij verkeer van diensten en vrij verkeer van vestiging) geen sprake is. De slotsom is dat de grieven falen en dat het bestreden vonnis wordt bekrachtigd. Deliveroo valt onder het verplichtstellingsbesluit van Bpf Vervoer en dient (achterstallige) premies af te dragen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3979

Zaaknummer: 200.269.897/01

Rechters: T.S. Pieters, R.J.M. Smit en W.H.F.M. Cortenaar

Advocaten: L.B. de Graaf en E. Lutjens

Wetsartikelen: Wet Bpf 2000

RECHTSPRAAK

Deliveroo-bezorgers vallen onder cao Beroepsgoederenvervoer.*Feiten*

Deliveroo Netherlands B.V. (hierna: Deliveroo) is een onderneming die als bedrijfsactiviteit heeft het onderhouden van een digitaal platform waarop onafhankelijke restaurants maaltijden aanbieden die consumenten via dat platform kunnen bestellen. Daarnaast kunnen restaurants gebruikmaken van de bezorgservice die Deliveroo sinds september 2015 aanbiedt. Deliveroo zorgt er dan voor dat de bestelde maaltijd bij de consument wordt bezorgd. Voor de bezorging wordt aan de consument een vergoeding in rekening gebracht. Federatie Nederlandse Vakbeweging (hierna: FNV) sluit collectieve arbeidsovereenkomsten af voor onder meer de sector vervoer en logistiek. De controle op naleving van de cao's heeft FNV opgedragen aan de stichting VNB (hierna: VNB). VNB heeft Deliveroo verzocht aan te tonen dat Deliveroo de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: de cao) naleeft. De cao is gedurende verschillende periodes algemeen verbindend verklaard. FNV en Deliveroo hebben met elkaar gesproken over de vraag of Deliveroo onder de werkingssfeer van de cao valt, maar zijn niet tot een vergelijk gekomen. FNV heeft in eerste aanleg onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de onderneming van Deliveroo valt onder de werkingssfeer van de cao, alsmede veroordeling van Deliveroo tot naleving (met terugwerkende kracht) van de cao over de periodes dat deze algemeen verbindend is verklaard. De kantonrechter heeft deze vorderingen toegewezen (zie AR 2019-0052). Deliveroo heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt. Het hof overweegt dat vaststaat dat een onderdeel van de bedrijfsvoering van Deliveroo is het bezorgen van maaltijden, hetgeen valt onder de omschrijving van artikel 2 lid 1 sub a cao, te weten 'vervoer anders dan van personen over de weg'. Volgens deze omschrijving is niet vereist dat het bezorgen van maaltijden de kern- of hoofdactiviteit is. Ook staat vast dat sprake is van 'vervoer tegen vergoeding' zoals bedoeld in artikel 2 lid 1 sub a cao. Deliveroo brengt online bezorgkosten immers bij de consument in rekening en zij ontvangt commissie van het restaurant waarbij de maaltijd wordt besteld. Deliveroo heeft verder gesteld dat de betekenis van bepaalde bewoordingen in normaal of gangbaar spraakgebruik een rol kan spelen bij de uitleg naar objectieve maatstaven. Het hof oordeelt dat wellicht in het verleden het begrip 'goederenvervoer' in het spraakgebruik vooral zag op (zwaar) gemotoriseerd verkeer, maar dat in de loop van de afgelopen jaren dit begrip aan verandering onderhevig is (geweest) en thans ook vele andere vormen van niet-

gemotoriseerd goederenvervoer omvat, zoals vervoer per (bak)fiets of scooter. Het normale en/of gangbare spraakgebruik bevat dus geen aanwijzing voor de stelling van Deliveroo dat bezorging per fiets niet onder de werkingssfeer van de cao kan vallen. Het hof is met Deliveroo van oordeel dat een aantal van de cao-bepalingen en daarin gebezigde termen (zoals 'standplaats', 'wagenladingen' en andere termen die op gemotoriseerd vervoer zien) uitsluitend betrekking kan hebben op gemotoriseerd vervoer. Daarmee is echter niet (automatisch) gegeven dat de cao alleen voor gemotoriseerd vervoer bedoeld is. Samengevat overweegt het hof dat noch de tekst van de werkingssfeerbepaling zelf noch de elders in de cao gebruikte bewoordingen voldoende aanknopingspunten geven om te concluderen dat de cao alleen ziet op beroepsvervoer krachtens de Wet wegvervoer goederen (Wwg) en daarmee gemotoriseerd vervoer.

Deliveroo betoogt voorts dat haar kernactiviteit is gelegen in het exploiteren van het platform en niet in de maaltijdbezorging. Het hof stelt voorop dat de werkingssfeerbepaling niet de eis stelt dat het vervoer over de weg tegen vergoeding de kernactiviteit van de onderneming vormt. Uit artikel 2 lid 2 cao kan juist worden afgeleid dat een onderneming reeds onder de werkingssfeer valt wanneer zij 20% of meer van haar omzet genereert met beroepsgoederenvervoer over de weg en logistieke dienstverlening. Het hof volgt Deliveroo niet in haar stelling dat zij een technologiebedrijf is. Nog afgezien van het feit dat 'bezorging' als kernactiviteit zit in de naam van Deliveroo, komt meer dan de helft van de kosten direct voort uit kosten die samenhangen met de bezorgdienst, is een groot deel van de activa en de voorraden hiervoor bestemd en heeft Deliveroo in Nederland vrijwel geen ICT'ers in dienst en – ten opzichte van de omvang van haar bezorgactiviteiten – slechts een beperkt aantal werknemers in een kantoorfunctie. Het bezorgen van maaltijden vormt derhalve wel degelijk de kernactiviteit van Deliveroo. Al met al oordeelt het hof dat Deliveroo onder de werkingssfeer van de cao valt. Het beroep van Deliveroo op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt verworpen. Het vonnis van de kantonrechter wordt door het hof bekrachtigd en Deliveroo dient derhalve met terugwerkende kracht de cao na te leven.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3978

Zaaknummer: 200.266.920/01

Rechters: T.S. Pieters, R.J.M. Smit en A. van Zanten-Baris

Advocaten: L.B. de Graaf en J.P. Boot

Wetsartikelen: 3 Wet AVV en 6:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Beveiligers van Schiphol hebben na aanbesteding een andere werkgever gekregen die een andere roostersystematiek gebruikt. Deze wijze van inroostering mag de nieuwe werkgever behouden, omdat het geen primaire arbeidsvoorwaarde is en het belang van werkgever in dit geval zwaarder weegt.

Feiten

Op Schiphol zijn vijf beveiligingsbedrijven actief. De laatste aanbestedingsprocedure bij Schiphol is op 1 september 2020 afgerond en per 3 december 2020 is de contractswisseling feitelijk geëffectueerd. Tot 3 december 2020 was het beveiligingsbedrijf I-SEC leverancier van perceel 1 (oud) en bedrijf X leverancier van perceel 2 (oud). Werkgever was toen (deels) leverancier van perceel 9. Het nieuwe perceel 1 is vanaf 3 december 2020 gegund aan werkgever. I-SEC is perceel 2 (nieuw) gegund en bedrijf X perceel 3 (nieuw). Ongeveer 200 werknemers van bedrijf X en ongeveer 100 werknemers van I-SEC zijn daarbij overgegaan naar werkgever, die nu in totaal ongeveer 750 mensen in dienst heeft, van wie circa 400 nieuw. Bedrijf X en I-SEC hanteren beide een andere roostersystematiek. Bedrijf X hanteert een 6oweeks rollend rooster en I-SEC een jaarrooster, al is zij daar inmiddels van afgestapt. De cao Veiligheidsdomein kent een vier weken rollend rooster. Werkgever heeft in het informatiepakket voor nieuwe medewerkers over het rooster aangekondigd dat werknemers elke donderdag het rooster ontvangen voor de komende vier weken. Oud-werknemers van bedrijf X, die nu bij werkgever in dienst zijn, ervaren problemen met het rooster. CNV Vakmensen.nl (hierna: CNV) heeft daarover (namens de leden) verschillende keren overleg gevoerd met werkgever, maar dit heeft niet tot een oplossing geleid. Wel heeft werkgever toegezegd om zijn werknemers per 1 februari 2022 de roostertijdvakken '5 en 6 weeks rollend' bekend te maken, en per 1 januari 2022 de 28 vaste roostervrije dagen (VVR). CNV vordert werkgever te verplichten voor de oud-medewerkers van bedrijf X de roostersystematiek ongewijzigd toe te passen.

Oordeel

De kantonrechter stelt allereerst vast dat geen sprake is van overgang van onderneming. CNV heeft haar vordering verder gebaseerd op artikel 95b van de cao Particuliere Beveiliging (cao PB), dat in de aanbestedingsprocedure in de raamovereenkomst tussen Schiphol en de beveiligingsbedrijven van toepassing is verklaard. Vervolgens is de vraag aan de orde of roostersystematiek een primaire arbeidsvoorwaarde is, waarbij voor wijziging instemming van de werknemer is vereist. Voorshands wordt geoordeeld dat dit niet het geval is. Niet gesteld of

gebleken is dat de wijzing in systematiek invloed heeft op het salaris van de werknemers. Ook was er sprake van een wisselend rooster, zodat zij geen rechten hadden verworven om te mogen werken op bepaalde tijden, of om steeds op dezelfde dagen te worden ingedeeld. Dan komt het aan op een belangenafweging. Hoewel CNV spreekt over een systeem van 'zelfroosteren' bij bedrijf X, was daar feitelijk geen sprake van. Op bedrijf X rustte slechts een inspanningsverplichting om aan die wensen te voldoen (minimaal voor 75%). Ook werkgever geeft, zo heeft hij onweersproken gesteld, werknemers de mogelijkheid om hun voorkeuren aan te geven en deze worden in 90% van de gevallen gehonoreerd. Het aantal diensten dat medewerkers buiten hun voorkeur worden ingedeeld is dus beperkt. Uit de enquête die CNV heeft gehouden kan ook niet zonder meer worden afgeleid dat de oud-werknemers van bedrijf X zoveel slechter af zijn bij werkgever dan voorheen bij bedrijf X. Slechts een klein deel van de werknemers heeft deze ingevuld. Verder is het aannemelijk dat door de coronapandemie de uitvaart van Schiphol sinds december 2020 in sterke mate heeft gefluctueerd, zodat het roosteren nog lastiger is geweest dan gebruikelijk. De conclusie is dan ook dat het belang van werkgever in dit geval zwaarder moet wegen dan dat van de oud-werknemers van bedrijf X. Van werkgever kan niet worden verwacht dat hij voor deze groep een apart roostersysteem gaat hanteren. Voor werkgever zou het tot een onwerkbaar situatie leiden als hij voor drie groepen werknemers met drie verschillende roostersystemen zou moeten werken en is die situatie dat ook niet wenselijk, omdat daarmee zijn werknemers niet gelijk behandeld zullen worden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:7113

Zaaknummer: zaaknummer / rolnummer: C/13/708342 / KG ZA 21-834 MDvH/LO

Rechters: R.A. Dudok

Advocaten: M.P.A. Oogjen en J. Kramer

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

Werkgever die meer dan incidenteel kleding bedrukt of borduurt, valt onder het verplichtstellingsbesluit tot deelneming in Bpf MITT. Premievordering is nog niet verjaard.*Feiten*

De onderneming van de oud-werkgever is met ingang van 13 maart 2018 voortgezet door Woltex. In een brief van 8 november 2018 heeft Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie (hierna: Bpf MITT) haar besluit tot verplichte aansluiting van Woltex B.V. bij haar pensioenfonds met ingang van 1 januari 2013 meegedeeld. In een brief van 7 december 2018 heeft Bpf MITT dat toegelicht. Volgens Bpf MITT houdt Woltex zich bezig met werkzaamheden die vallen onder de werkingssfeer van de CAO MITT, omdat zij zich bezighoudt met het gedeeltelijk in eigen beheer produceren van bedrijfskleding en borduren/bedrukken van (bedrijfs)kleding en (persoonlijke) beschermingsmiddelen. Op 4 januari 2019 heeft Bpf MITT een ambtshalve premienota aan Woltex opgelegd voor een bedrag van € 18.033,84. Woltex heeft bezwaar gemaakt tegen haar aansluiting bij Bpf MITT. In een brief van 8 maart 2019 heeft Bpf MITT het bezwaar van Woltex ongegrond verklaard. Woltex c.s. vorderen dat de kantonrechter voor recht verklaart dat zij niet vallen onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelname aan het Bpf MITT. Bpf MITT vordert bij wijze van tegenvordering een verklaring voor recht dat Woltex vanaf 1 januari 2013 valt onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit, zodat zij over die periode verplicht is tot betaling van de pensioenpremie.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat het standpunt van Woltex, dat het bedrukken of laten borduren van kleding door Woltex zo incidenteel gebeurt dat het verwaarloosbaar is, niet wordt gevolgd. Ter zitting heeft Woltex verklaard dat de omzet voor 60% wordt gegenereerd door de verkoop van beschermingsmiddelen, en voor 40% door verkoop van bedrijfskleding. Van die 40% kleding is ongeveer 60% voorzien van een logo of bedrijfsnaam. Daarmee moet als vaststaand worden aangenomen dat in ieder geval 24% van de omzet van Woltex bestaat uit de verkoop van bedrijfskleding met een logo of bedrijfsnaam, die Woltex daarop heeft gedrukt of laten borduren. Die is een bijna een kwart, en dat is naar het oordeel van de kantonrechter niet zo marginaal dat dit als verwaarloosbaar gekwalificeerd kan worden, zoals Woltex c.s. concluderen. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat de optie om artikelen te laten bedrukken of borduren nadrukkelijk wordt gepromoot op de website van Woltex. Gelet op het voorgaande kan Woltex ook niet worden gevolgd in het standpunt dat

haar verplichte aansluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een onaanvaardbare situatie en onaannemelijke rechtsgevolgen leidt. Daarbij komt dat Bpf MITT onbetwist heeft aangevoerd dat de sociale partners die de verplichtstelling hebben aangevraagd, er bewust voor hebben gekozen dat de werkingssfeer alle werkgevers omvat die activiteiten verrichten zoals genoemd in het Verplichtstellingsbesluit, ook als de werkgever die activiteiten niet 'uitsluitend of in hoofdzaak' verricht. Verder is van belang dat Woltex geen andere pensioenvoorziening heeft getroffen voor haar werknemers. Met betrekking tot de tegenvordering overweegt de kantonrechter dat de verklaring voor recht dat Woltex c.s. onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen, zal worden toegewezen. Het beroep op verjaring voor de premies voor 1 januari 2014 worden afgewezen. De premievorderingen van Bpf MITT zijn na 22 juni 2021 opeisbaar geworden, zodat de verjaringstermijn pas vanaf dat moment aanvangt. Op 22 juni 2021 heeft Woltex c.s. immers voor het eerst (geanonimiseerde) werknemersgegevens verstrekt, op basis waarvan Bpf MITT verschuldigde premies heeft kunnen berekenen. De conclusie is dat de oude werkgever het gevorderde premiebedrag van € 7.227,36 over de periode van 1 januari 2013 tot 13 maart 2018 moet betalen, en Woltex het gevorderde premiebedrag van € 18.647,30 over de periode van 1 januari 2013 tot 1 juni 2021, zodat deze vorderingen worden toegewezen. De gevorderde pensioenpremie over de periode vanaf 1 juni 2021 wordt afgewezen, omdat niet is gebleken dat deze al opeisbaar is.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:11361

Zaaknummer: 8929881 \ CV EXPL 20-7019 BL

Rechters: M.C. van Rijn

Advocaten: N. Poggenklaas en B. Degelink

Wetsartikelen: Pw, 3:308 BW en 6:38 BW

RECHTSPRAAK

Werkneemster heeft geen recht op billijke vergoeding. Sprake was van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die van rechtswege is geëindigd. Werkneemster beroept zich op een valse overeenkomst.*Feiten*

Werkneemster heeft in loondienst gewerkt bij FSB Beveiliging B.V. (hierna: FSB), in de functie van beveiligiger. Werknemer heeft tot medio juli 2021 werkzaamheden voor FSB verricht en salaris ontvangen. Eind juli 2021 heeft FSB een eindafrekening gemaakt. Werkneemster heeft in een brief van 4 augustus 2021 aan FSB geschreven dat voor zover zij per 9 juli 2021 op staande voet is ontslagen, de nietigheid van dat ontslag wordt ingeroepen. In reactie daarop schrijft FSB in een e-mail van 6 augustus 2021 dat werkneemster niet op staande voet is ontslagen, maar dat FSB haar arbeidscontract voor zes maanden niet heeft verlengd. Werkneemster is per 1 september 2021 in dienst getreden bij een nieuwe werkgever. Werkneemster verzoekt de kantonrechter FSB te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding.

Oordeel

De kantonrechter stelt vast dat werkneemster, die eerder al in dienst was geweest bij FSB, met ingang van januari 2021 opnieuw werkzaamheden voor FSB is gaan verrichten. Dit is in lijn met datgene waarop FSB zich beroept. FSB stelt namelijk dat werkneemster met ingang van 13 januari 2021 in dienst is getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden, die op 12 juli 2021 van rechtswege is geëindigd. Het bestaan van die overeenkomst wordt door werkneemster ook niet betwist, zodat deze als vaststaand wordt aangenomen. Werkneemster stelt echter dat tijdens de looptijd van dit contract een nieuwe arbeidsovereenkomst is gesloten voor de duur van een jaar, met ingangsdatum 20 april 2021. FSB betwist niet dat zij dit contract heeft opgesteld, maar wel dat daarover overeenstemming is bereikt. Het is in de onderhandeling gesneuveld, aldus FSB. De kantonrechter overweegt dat de stelplicht en bewijslast bij FSB ligt voor haar stelling dat werkneemster de laatste pagina van het conceptcontract heeft vervangen voor een ondertekend exemplaar uit de eerdere arbeidsovereenkomst. Met de WhatsApp-berichten die FSB heeft overgelegd, heeft FSB de gestelde valsheid van de overeenkomst voldoende gemotiveerd onderbouwd. Werkneemster schrijft daarin dat het 32-uurscontract voor onbepaalde tijd er niet is gekomen, dat FSB zou regelen dat werkneemster de hele maand augustus afwezig zou zijn en het weekeind niet hoefde te werken, omdat zij anders naar een ander bedrijf zou gaan, en dat FSB dit heeft teruggedraaid, en dat werkneemster nu ineens wordt 'ontslagen' omdat haar houding FSB niet

aanstaat. In reactie daarop schrijft FSB dat zij bereid was om een contract voor 32 uur te geven, maar niet onder de door werknemster geëiste onredelijke voorwaarden, dat werknemster steeds weg wil en dan weer terugkomt, dat het niet heel gek is dat FSB nu haar contract niet verlengt en dat werknemster niet is ontslagen. Werknemingster is niet ter zitting verschenen om hier een en ander tegen in te brengen. Gelet op het voorgaande is niet vast komen te staan dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 20 april 2021 tot stand is gekomen, en moet het ervoor worden gehouden dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen op 12 juli 2021 van rechtswege is geëindigd. Daarmee is de grondslag van het verzoek van werknemster niet komen vast te staan, zodat dit moet worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:11226

Zaaknummer: 9452566 \ AO VERZ 21-75 BL

Rechters: I.H. Lips

Advocaten: J.C. Koster

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer blijft ondanks waarschuwingen onjuist inklokken en tegen de regels gratis maaltijden nuttigen in het personeelsrestaurant. Ontslag op staande voet is gerechtvaardigd.*Feiten*

Werknemer is op 1 september 2016 in dienst getreden bij Ikea B.V. Op deze arbeidsovereenkomst is de IKEA-cao (hierna: de cao) van toepassing, alsmede de IKEA Group Code of Conduct. Verder zijn de werknemers van Ikea gebonden aan de IKEA Huisregels. Op 5 december 2020 stond werknemer ingeroosterd om vanaf 17.00 uur te werken. Hij klokte die dag om 16:57 uur in en is vervolgens in het personeelsrestaurant gaan eten. Werknemer verscheen daarna op 17:20 uur op de werkvloer. Werknemer heeft dit bij e-mail op diezelfde dag aan zijn leidinggevende gemeld. Op 10 december 2020 heeft Ikea werknemer een officiële waarschuwing gegeven omdat werknemer op 5 december 2020 in strijd heeft gehandeld met zijn verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en de huisregels. Op 12 juni 2021 stond werknemer ingeroosterd om vanaf 10:00 uur te werken. Werknemer is die dag te laat begonnen met werken en klokte toen om 10:35 uur in. Diezelfde dag heeft werknemer een tweede waarschuwing gekregen van Ikea. Op zaterdag 24 juli 2021 stond werknemer ingeroosterd van 13:15 uur tot 20:00 uur. Werknemer klokte die dag in om 12:27 uur en heeft vervolgens zonder daarvoor te betalen een maaltijd genuttigd in het personeelsrestaurant. Op 28 juli 2021 is met werknemer gesproken over het te vroeg inklokken en het eten zonder te betalen op 24 juli 2021. Toen heeft werknemer ook medegedeeld dat hij dat diezelfde dag weer heeft gedaan. Na dit gesprek is werknemer geschorst. Bij brief van 2 augustus 2021 is werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt Ikea te veroordelen om hem de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding en een billijke vergoeding van € 70.000 te betalen.

Oordeel

De kanonrechter stelt vast dat niet vast is komen te staan dat het te vroeg inklokken heeft geleid tot een onjuiste/te hoge loonbetaling. Wat Ikea in dit verband werknemer echter ook verwijt, is dat het onjuist inklokken extra administratief werk voor Ikea met zich brengt en de kans op een foute loonbetaling vergroot omdat de onjuiste kloktijden steeds gecorrigeerd moeten worden. Dit betoog is door werknemer niet betwist, zodat dit voor juist gehouden moet worden. Ikea heeft er dus belang bij dat haar werknemers steeds klokken voor de daadwerkelijk gewerkte tijd. Zij heeft binnen haar onderneming de werknemers door middel van de huisregels kenbaar gemaakt dat zij in- en uit moeten klokken conform de

daadwerkelijk gewerkte tijden. Werknemer kent die huisregels ook. Werknemer heeft zich desondanks, zelfs na een waarschuwing, daar niet aan gehouden. De kantonrechter komt op grond van deze overwegingen tot de conclusie dat het meermaals te vroeg inklokken een dringende reden voor onverwijlde opzegging van de arbeidsovereenkomst oplevert. Ook verwijt Ikea werknemer dat hij telkens (in ieder geval op 24 en 28 juli 2021) gratis maaltijden nuttigt terwijl hij daar krachtens de cao geen recht op heeft. Dit verwijt is terecht. Werknemers verweer dat het hem door de werknemers van het personeelsrestaurant werd toegestaan om gratis te eten, kan hem niet baten. Ikea wijst er namelijk terecht op dat deze medewerkers niet kunnen weten of werknemer recht heeft op een gratis maaltijd. Werknemer stelt verder dat binnen Ikea niemand zich houdt aan de regel dat alleen gratis gegeten mag worden als voldaan is aan de voorwaarden zoals vermeld in de huisregels en de cao. Dit kan hem evenmin baten, nu Ikea dit gemotiveerd betwist heeft. Uit het voorgaande volgt dat het ontslag op staande voet terecht gegeven is. Hieruit volgt dat werknemer geen recht heeft op transitievergoeding, gefixeerde transitievergoeding en billijke vergoeding. Anderzijds heeft Ikea recht op een gefixeerde vergoeding doordat werknemer aan Ikea door opzet of schuld een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, ter hoogte van de opzegtermijn.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 12-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:9307

Zaaknummer: 9452973 AZ VERZ 21-101

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: D.M. Gijzen en E.C. Brussee

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

De arbeidsovereenkomst van de werknemer die zich niet houdt aan de coronamaatregelen bij werkgever door in de quarantaineperiode naar het werk te komen kan niet worden ontbonden.*Feiten*

Werknemer is op 8 maart 1993 bij Compaxo Fijne Vleeswaren B.V. (hierna: Compaxo) in dienst getreden als productiemedewerker. Hij volgt thans een re-integratietraject en voert enigszins aangepaste werkzaamheden uit. Werknemer is tijdens zijn verlof in mei 2021 naar Kaapverdië afgereisd om zijn zieke vader te bezoeken, terwijl voor dat land code oranje gold. Bij terugkeer uit dit land was een thuisquarantaineperiode van tien dagen in acht te nemen. Compaxo heeft hem daarop gewezen. De bij Compaxo geldende coronaregels zijn vermeld in haar interne notitie die zij in januari 2021 per e-mail aan haar werknemers, onder wie werknemer, heeft toegezonden. In de week van 3 mei 2021 heeft de vrouw van werknemer Compaxo benaderd met het verzoek om zijn verlof met een week te verlengen. Compaxo heeft dit toegestaan. Zij ging ervan uit dat de verlenging werd gevraagd wegens de in acht te nemen quarantaineperiode. Dit bleek niet het geval. Werknemer heeft Kaapverdië op 13 mei 2021 verlaten en zou op 15 mei 2021 in Nederland zijn aangekomen. Vervolgens is hij op 17 mei 2021 op het werk verschenen. Compaxo heeft hem toen dadelijk voor tien dagen geschorst, zonder doorbetaling van het loon, omdat hij zich bewust niet hield aan de landelijke quarantaine regels omtrent corona en hij zich ook niet heeft gehouden aan de binnen Compaxo geldende regels. Op 31 mei 2021 heeft werknemer zich op het werk gemeld, maar is toen door Compaxo weer naar huis gestuurd. Compaxo vordert dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbindt op de e- of g-grond.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat werknemer na zijn terugkomst uit Kaapverdië thuisquarantaine heeft moeten houden en dat hij, zoals hij heeft erkend, een fout heeft gemaakt door zich daaraan niet te houden en zich op 17 mei 2021 bij Compaxo op het werk te melden. De stelling van Compaxo dat werknemer tijdens het gesprek op 17 mei 2021 boos is geworden en heeft gezegd dat hij maling heeft aan de coronaregels, heeft werknemer voldoende gemotiveerd betwist. Indien bij wijze van veronderstelling wordt aangenomen dat werknemer tijdens het gesprek wél boos is geworden en heeft gezegd maling te hebben aan de coronaregels, geldt nog dat dit enkele incident – van andere incidenten is tijdens het ruim 28-jarige dienstverband van werknemer in deze procedure niet gebleken – niet heeft geleid tot een situatie waarin in redelijkheid van Compaxo niet meer kan worden gevergd om het

dienstverband met hem voort te laten duren. Daarbij is, behalve de duur van het dienstverband, ook van belang dat werknemer na afloop van het gesprek, zoals hem is verzocht, op kennelijk normale wijze naar huis is gegaan om thuisquarantaine te houden. Van belang is verder dat zijn kortdurende aanwezigheid op het werk niet tot besmettingen heeft geleid. De test die de GGD op 21 mei 2021 bij hem heeft afgenomen was negatief. Bij de waardering van de feiten is verder in aanmerking te nemen dat werknemer, zoals hij dat onbetwist heeft verwoord, een ronduit beroerde positie heeft op de arbeidsmarkt, zodat de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst zijn leven ernstig zal ontwrichten. Het vorenstaande laat uiteraard onverlet dat Compaxo bij de strikte handhaving van de coronaregels op de werkvloer een evident en zeer zwaarwegend belang heeft en dat zij werknemer op 17 mei 2021 terecht naar huis heeft gestuurd om thuisquarantaine te houden. De inbreuk die werknemer op de belangen van Compaxo heeft gemaakt, is echter, mede gelet op de gevolgen die dit heeft gehad, te gering om de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen. Het verzoek van Compaxo wordt om deze redenen afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:11616

Zaaknummer: 9313808 EJ VERZ 21-84258

Rechters: M. Nijenhuis

Advocaten: E.J.L. Mulderink en H.A. Groeneveld

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

RECHTSPRAAK

Hoewel de vso-onderhandelingen niet hebben geleid tot een versie die door beide partijen is ondertekend, is tussen partijen wel een vso tot stand gekomen. De vorderingen met betrekking tot het achterstallig loon worden toegewezen. Het relatiebeding wordt gedeeltelijk vernietigd.

Feiten

Werkneemster is met ingang van 1 juli 2020 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van Personal Selection Agency B.V. (hierna: PSA) als managing consultant. Tussen partijen hebben gesprekken plaatsgevonden met betrekking tot een vaststellingsovereenkomst (vso) op grond waarvan het dienstverband per 1 januari 2021 zou eindigen. Sinds medio november 2020 is werkneemster arbeidsongeschikt. Werkneemster vordert PSA te veroordelen om aan haar binnen vijf dagen na betekening van het te wijzen vonnis een bedrag van € 11.393,08 en € 1.718,04 (netto) te voldoen. Daarnaast vordert werkneemster het relatiebeding tussen partijen geheel te vernietigen, subsidiair gedeeltelijk te vernietigen, meer subsidiair voor recht te verklaren dat PSA hieraan geen rechten mag ontlenen. Aan haar vordering legt werkneemster ten grondslag dat tussen partijen een vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen op grond waarvan per 1 januari 2021 een einde is gekomen aan haar dienstverband met PSA. Daarbij heeft zij nog recht op uitbetaling van haar salaris over de maand december 2020, alsmede uitbetaling van vakantiegeld en nog niet opgenomen vakantiedagen. PSA voert verweer tegen de vordering van werkneemster, dat erop neerkomt dat PSA betwist dat tussen partijen een vso is overeengekomen. Daarmee heeft werkneemster in strijd met de opzegtermijn haar arbeidsovereenkomst met PSA beëindigd, als gevolg waarvan PSA in de parallelle verzoekschriftprocedure betaling van de forfaitaire schadevergoeding vordert.

Oordeel

Tussen partijen staat ter discussie of een vso tot stand is gekomen, waaraan beide partijen bepaalde rechten en verplichtingen kunnen ontlenen, zoals bijvoorbeeld de ontheffing van werkneemster van haar relatiebeding. Tussen partijen staat echter niet (langer) ter discussie dat per 1 januari 2021 aan het dienstverband een einde is gekomen. PSA heeft in de beëindiging van het dienstverband berust in de zin dat zij enkel nog de forfaitaire schadevergoeding van artikel 7:672 lid 11 BW van werkneemster verzoekt in de parallelle verzoekschriftprocedure. De kantonrechter zal bij de beoordeling van de vorderingen in deze procedure dan ook als uitgangspunt nemen dat het dienstverband tussen partijen per 1 januari 2021 is geëindigd. Dat aan het dienstverband een einde is gekomen, betekent dat in deze

procedure nog beoordeeld dient te worden in hoeverre werkneemster nog rechten kan ontlenen aan haar dienstverband met PSA voor de periode voorafgaand aan het einde van het dienstverband en aan de beëindiging van het dienstverband zelf. In de parallelle verzoekschriftenprocedure komt aan de orde in hoeverre werkneemster jegens PSA nog verplichtingen heeft als gevolg van het einde van haar dienstverband. Vervolgens komt in het kader van beide procedures nog de vraag aan de orde in hoeverre PSA bepaalde bedragen mocht verrekenen via de laatste salarisspecificatie en hoe deze verrekening zich verhoudt met de vordering van werkneemster tot betaling van de wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW, die zij in deze procedure vordert. Dat werkneemster per 1 januari 2021 uit dienst van PSA is gegaan betekent in de eerste plaats dat zij recht heeft op doorbetaling van haar salaris over de maand december 2020. Daarnaast vordert werkneemster uitbetaling van vakantiegeld over de periode dat zij bij PSA in dienst is geweest en uitbetaling van nog niet opgenomen vakantiedagen. Deze vorderingen zullen worden toegewezen. Nu niet langer betwist is dat werkneemster per 1 januari 2021 uit dienst van PSA is gegaan heeft zij op grond van artikel 7:673 lid 1 BW recht op de transitievergoeding. De vordering van werkneemster tot vergoeding van de advocatenkosten van € 1.718,04 zal worden afgewezen. Zoals blijkt uit de reactie van de gemachtigde van werkneemster van 4 december 2020 was dat element nog niet geregeld in het door PSA aan de gemachtigde van werkneemster toegezonden voorstel voor de vso. Op de opmerking van de gemachtigde is nooit een akkoord gekomen van PSA, zodat er, ook niet stilzwijgend, van kan worden uitgegaan dat partijen op dit punt overeenstemming hebben bereikt. Hetzelfde geldt in feite voor het verval van het relatiebeding. Niettemin vernietigt de kantonrechter het relatiebeding gedeeltelijk.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:11871

Zaaknummer: 9053790 RL EXPL 21-3568

Rechters: C.W.D. Bom

Advocaten: G.A.H. Wiekamp en A.M.R. de Vaal

Wetsartikelen: 7:670b BW

RECHTSPRAAK

Spoorwisselbeschikking ex artikel 69 Rv. Loonvordering dient met een dagvaarding te worden ingesteld.*Feiten*

Werknemer verzoekt de kantonrechter om werkgever te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 6.910,85 aan achterstallig loon.

Oordeel

Vooropgesteld wordt dat de kantonrechter op grond van artikel 69 Rv verplicht is om, ook zonder een daartoe strekkend verweer, te onderzoeken of de procedure met het juiste inleidend processtuk aanhangig is gemaakt. Als de kantonrechter vervolgens constateert dat de zaak op het verkeerde 'spoor' zit, moet hij de wissel omzetten en er zorg voor dragen dat de procedure wordt doorgeleid naar het juiste spoor. Op grond van artikel 261 lid 2 Rv worden de zaken ten aanzien waarvan dit uit de wet voortvloeit met een verzoekschrift ingeleid. Alle overige zaken worden bij dagvaarding ingeleid (art. 78 Rv). Hetgeen werknemer heeft verzocht, betreft geen vordering van het bepaalde in afdeling 9, titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. De verzoeken van werknemer betreffen immers een loonvordering. Ingevolge het bepaalde in artikel 78 Rv dienen deze bij exploit van dagvaarding te worden ingesteld. Werknemer heeft dan ook een verkeerd inleidend processtuk gebruikt. De kantonrechter zal hierna, gelet op het bepaalde in artikel 69 Rv, dan ook bevelen dat de onderhavige zaak wordt voortgezet volgens de regels die gelden voor de dagvaardingsprocedure. Werknemer wordt erop gewezen dat het verzoek niet-ontvankelijk zal worden verklaard, wanneer het uit te brengen exploit van oproeping niet uiterlijk op de dag voor de hieronder vermelde rolzitting op de griffie is ingediend.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:12437

Zaaknummer: 9221732 VZ VERZ 21-8541

Rechters: mr. M.C. van der Kolk

Wetsartikelen: 69 Rv

RECHTSPRAAK

Hoewel de vso-onderhandelingen niet hebben geleid tot een versie die door beide partijen is ondertekend, is tussen partijen wel een vso tot stand gekomen. Verzoek tot vergoeding wegens onregelmatige opzegging afgewezen.*Oordeel*

In feite is de vraag of een vaststellingsovereenkomst (vso) tussen partijen tot stand is gekomen het enige geschilpunt tussen partijen. Voor de beantwoording van die vraag neemt de kantonrechter als uitgangspunt dat artikel 7:670b lid 1 BW bepaalt dat een overeenkomst waarmee een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, slechts geldig is indien deze schriftelijk is aangegaan. In ieder geval staat vast dat tussen partijen in de periode oktober tot en met december 2020 verschillende versies van een vso zijn gewisseld, maar dat dat niet heeft geleid tot een versie van een vso die door beide partijen is ondertekend. Het voorgaande neemt echter niet weg dat uit alle overgelegde stukken blijkt dat partijen in hun discussies over het einde van het dienstverband van werkneemster steeds van een beëindiging van het dienstverband, eerst per 1 december 2020, maar later per 1 januari 2021 zijn uitgegaan. De gemachtigde van werkneemster heeft op 4 december 2020 per e-mail een zestal nog openstaande punten onder de aandacht van PSA gebracht. Op 14 december 2020 heeft de gemachtigde bij PSA gerappelleerd, omdat een reactie van de zijde van PSA uitbleef. Vervolgens heeft de gemachtigde op 23 december 2020 nogmaals gerappelleerd, met het verzoek binnen twee dagen te verklaren of PSA bereid was de gemaakte afspraken gestand te doen. Bij e-mail van 28 december 2020 heeft PSA in feite alle gemaakte afspraken ontkend of herroepen, zelfs die afspraken waarover na het toezenden van de concept-vso op 30 november 2020 geen discussie meer leek te zijn. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft PSA daarmee in strijd gehandeld met de eisen van goed werkgeverschap. Het was PSA bekend dat werkneemster sinds medio november 2020 (situationeel) arbeidsongeschikt was en dat een en ander verband hield met de gang van zaken rondom de totstandkoming van de vso. Door te elfder ure alle onderwerpen waarover overeenstemming leek te zijn, althans waarover van de zijde van PSA niet eerder was opgekomen, te herroepen en bovendien bezwaar te maken tegen een einde van het dienstverband per 1 januari 2021 door het rappel van 23 december 2020 te bestempelen als een (onregelmatige) opzegging en een beroep te doen op de forfaitaire schadevergoeding, heeft PSA de situatie bewust te veel op scherp gezet. Want PSA verliest daarbij ook volledig uit het oog dat in het geval van regelmatige opzegging door werkneemster per 1 februari 2021 (met inachtneming van de opzegtermijn van één maand), zij nog gehouden zou zijn ziekengeld over de maand januari 2021 te betalen. Onder deze

omstandigheden is de kantonrechter van oordeel dat PSA in een zo laat stadium, drie dagen voor het einde van het jaar en dus drie dagen voor het einde van het dienstverband, en na een stilzwijgen van drie weken, waarin alle gelegenheid is geweest om de in de e-mail van de gemachtigde van 4 december 2020 genoemde (rest)punten verder te bespreken en uit te werken, niet de totale deal op losse schroeven kon zetten, zeker niet nu het initiatief tot de beëindiging van het dienstverband ten minste deels ook van PSA was uitgegaan. In het licht van artikel 7:670b lid 1 BW is de kantonrechter van oordeel dat door het toezenden van een concept-vso op 30 november 2020, waarin wordt uitgegaan van een einde van het dienstverband per 1 januari 2020, voldaan is aan het schriftelijkheidsvereiste, de reactie van PSA op 28 december 2020 zodanig laat en zodanig in strijd met de beginselen van goed werkgeverschap was, dat zij niet meer een einde van het dienstverband per 1 januari 2021 volledig kon herroepen. Van een onregelmatige opzegging was dan ook geen sprake en het verzoek van PSA tot veroordeling tot betaling van de forfaitaire schadevergoeding zal worden afgewezen. De nevenverzoeken van PSA tot vergoeding van de schade aan de leaseauto van € 500 en een bekeuring van € 107 zullen slechts ten aanzien van de bekeuring worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 21-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:11870

Zaaknummer: 9053366 RP VERZ 21-50148

Rechters: C.W.D. Bom

Advocaten: A.M.R. de Vaal en G.A.H. Wiekamp

Wetsartikelen: 7:670b BW

RECHTSPRAAK

Op grond van de inhoud van het rapport van de Arbeidsinspectie is de gevorderde verklaring voor recht dat werkgever aansprakelijk is voor het ongeval toewijsbaar.*Feiten*

Werknemer was als uitzendkracht in dienst bij Randstad. Werknemer werd op 23 april 2018 door Randstad te werk gesteld bij Vlukon. Op de rechtsrelatie tussen Randstad en Vlukon zijn algemene voorwaarden van toepassing. Daarin staat onder andere (1) dat Vlukon verantwoordelijk is voor de nakoming van de uit artikel 7:658 BW, de Arbeidsomstandighedenwet en de daarmee samenhangende regelgeving voortvloeiende verplichtingen op het gebied van de veiligheid op de werkplek en goede omstandigheden in het algemeen; (2) dat Vlukon alle schade zal vergoeden die een medewerker lijdt bij de uitvoering van de werkzaamheden voor haar, indien en voor zover zij en/of Randstad daarvoor aansprakelijk is op grond van artikel 7:658 BW; en (3) dat Vlukon Randstad vrijwaart tegen elke aanspraak van de medewerker jegens Randstad als werkgever. Op 24 april 2018 is de linkerhand van werknemer tijdens het uitvoeren van zijn werkzaamheden bekneld geraakt in een pers. Werknemer is vervolgens naar het ziekenhuis gebracht waar de wijsvinger en middelvinger van zijn linkerhand zijn geamputeerd. In het door de Arbeidsinspectie uitgevoerde onderzoek is geconcludeerd dat Vlukon de Arbeidsomstandighedenwet en het Arbeidsomstandighedenbesluit heeft overtreden. Werknemer heeft Randstad en Vlukon aansprakelijk gesteld. De aansprakelijkheidsverzekeraar van Vlukon heeft, onder voorbehoud van polisdekking, aansprakelijkheid erkend. Uiteindelijk heeft Nationale Nederlanden geweigerd Vlukon polisdekking te bieden, omdat de machine waarmee het ongeval gebeurde niet aan de wettelijke eisen voldeed. Tussen de aansprakelijkheidsverzekeraar van Randstad, Zurich, en werknemer is een vaststellingsovereenkomst gesloten, waaruit in ieder geval blijkt dat er schadevergoeding aan werknemer wordt betaald. Randstad en Zurich vorderen een verklaring voor recht dat Vlukon aansprakelijk is voor het arbeidsongeval, Randstad moet vrijwaren en de schade moet betalen.

Oordeel

Zurich en Randstad stellen gemotiveerd dat Vlukon op grond van artikel 7:658 lid 4 BW aansprakelijk is. Zij hebben daarbij verwezen naar het rapport van de Arbeidsinspectie van 25 september 2018. Vlukon heeft de inhoud van dit rapport niet gemotiveerd weersproken. Op grond van de inhoud van dit rapport is de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar. Vlukon heeft erkend dat de algemene voorwaarden van Randstad van toepassing zijn. Vlukon

heeft niet betwist dat zij op grond van de algemene voorwaarden gehouden is Randstad te vrijwaren tegen de aanspraak van werknemer jegens Randstad als formele werkgever voor de schade die hij geleden heeft als gevolg van het arbeidsongeval bij Vlukon en dat zij in verband daarmee alle in redelijkheid door Randstad gemaakte kosten moet vergoeden. Nu de onweersproken stellingen van Zurich en Randstad het gevorderde kunnen dragen, zal de gevorderde verklaring voor recht worden toegewezen. Met betrekking tot het schadebedrag van € 222.125,43 heeft Vlukon ter zitting geen gemotiveerd verweer gevoerd. De stellingen van Zurich kunnen het gevorderde dragen en het schadebedrag wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 08-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:9382

Zaaknummer: C/03/278741 / HA ZA 20-297

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: T. Havekes en C.C. Horrevorts

Wetsartikelen: 7:658 BW, 7:658 lid 4 BW, 6:101 BW, 6:102 BW, 6:10 BW en 7:962 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek ondernemingsraad – die na indiening van het verzoek is opgehouden te bestaan vanwege het getalscriterium – van een onderneming die tot een groep behoort om toe te treden tot de groepsondernemingsraad toegewezen. Voldoende samenhang.*Feiten*

Veon Wholesale Services B.V. (hierna: VWS) is onderdeel van VEON-groep, een wereldwijd opererende leverancier van telecommunicatiediensten met hoofdkantoor in Amsterdam. VWS is de centrale inkooporganisatie binnen de VEON-groep en houdt zich bezig met de uitvoering van de inkoop van internationale telecommunicatiediensten. In juli 2018 is een ondernemingsraad bij VWS ingesteld. Er waren toen 63 medewerkers werkzaam. Vanaf dat moment bestond de medezeggenschapsstructuur binnen de VEON-groep uit twee organen: één gemeenschappelijke ondernemingsraad (hierna: GMOR) op het niveau van Headquarter Entiteiten (hierna: HQ-entiteiten) en daarnaast de ondernemingsraad van VWS. Vanaf eind 2019 heeft er een reorganisatie plaatsgevonden, waardoor diverse HQ-activiteiten binnen VWS zijn gedecentraliseerd. Daardoor is het aantal medewerkers binnen VWS afgenomen tot 12. De zittingsperiode van de ondernemingsraad liep af op 12 juli 2021. Vanwege het aantal personen dat op dat moment binnen VWS werkzaam was, is de ondernemingsraad van rechtswege opgehouden te bestaan. De ondernemingsraad heeft met de GMOR overlegd over toetreding van de vertegenwoordiging van medezeggenschap binnen VWS tot de GMOR. De GMOR zag daar goede redenen voor. Vervolgens heeft de ondernemingsraad in een bijeenkomst met VWS op 27 mei 2021 om toetreding van de vertegenwoordiging van VWS tot de GMOR verzocht. De ondernemingsraad heeft dat verzoek per brief van 28 mei 2021 herhaald. VWS heeft het standpunt van de ondernemingsraad van de hand gewezen. De ondernemingsraad verzoekt voor recht te verklaren dat de instelling van een GMOR het meest bevorderlijk is voor de goede toepassing van de WOR en te bepalen dat de ondernemer gevolg dient te geven aan hetgeen hierover is bepaald in artikel 2 en 3 WOR.

Oordeel

Voor het antwoord op de vraag of het bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR als ook voor VWS de GMOR wordt ingesteld is met name de samenhang van belang. Het feit dat in het verleden een separate ondernemingsraad is ingesteld, wil op zichzelf niet zeggen dat er op dit moment sprake is van (on)voldoende samenhang tussen VWS en de VEON-HQ ondernemingen. Uit hetgeen partijen in de stukken naar voren hebben gebracht en de toelichtingen ter zitting, blijkt dat de HQ-Entiteiten ondersteunend zijn aan het primaire

proces. In dit verband is voldoende aannemelijk gemaakt dat VWS in dit kader een eigen autonome onderhandelingsbevoegdheid en verantwoordelijkheid heeft om ten behoeve van de VEON-groep roamingcontracten in te kopen en intern te verkopen. Dat betekent dat de ondernemingen waarvoor de GMOR nu is ingesteld enerzijds en VWS anderzijds op dit punt van elkaar verschillen. Dat verschil is echter niet erg wezenlijk. Immers, ook VWS biedt uiteindelijk, net als de HQ-Entiteiten, met haar handelen ondersteuning aan de uiteindelijke verkoop van de telecommunicatiediensten aan derden door de werkmaatschappijen. Dit verschil in activiteiten tussen de HQ-Entiteiten en VWS heeft er voor de ondernemer niet aan in de weg gestaan dat VWS in 2018 zou toetreden tot de GMOR. VWS is bovendien gevestigd in hetzelfde gebouw als de HQ-Entities en de medewerkers zitten bij elkaar op de afdeling. Volgens de ondernemingsraad vindt de dagelijkse leiding voor alle in deze procedure betrokken ondernemingen plaats vanuit één centraal punt, namelijk VEON HQ. De ondernemer heeft niet (voldoende) gemotiveerd bestreden dat de ondernemingsraad sinds 2019 geen formeel overleg met de VWS- bestuurder heeft gehad. Uit de stukken blijkt ook dat de VWS-bestuurder enige tijd de positie van Group CFO binnen de VEON-Group heeft overgenomen. Dat sterkt de stelling van de ondernemingsraad dat de VWS-bestuurders feitelijk werkzaam zijn voor de VEON-groep. Dat niet altijd klakkeloos wordt aangenomen wat er binnen die groep wordt besproken of beslist, betekent niet dat de feitelijke beslissingsbevoegdheid niet binnen de VEON-groep ligt. De ondernemer heeft tegenover die stelling van de ondernemingsraad onvoldoende duidelijk gemaakt dat de eindbeslissingen door het VWS-bestuur worden genomen. Daarbij komt dat het niet aannemelijk is dat de strategische beslissingen binnen het VWS-bestuur worden genomen. Dat VWS een eigen financiële rapportageverantwoordelijkheid heeft, legt onvoldoende gewicht in de schaal. Uit al het voorgaande, in onderlinge samenhang bezien, volgt naar het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van zodanige samenhang tussen de HQ-entiteiten en VWS, dat het voor een goede toepassing van de WOR is aangewezen dat VWS toetreedt tot de GMOR.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:6762

Zaaknummer: 9297791 EA VERZ 21-421

Rechters: B.T. Beuving

Advocaten: E. van Meulen en T. van Nieuwstadt

Wetsartikelen: Artikel 2 WOR en Artikel 3 WOR

RECHTSPRAAK

Werkgever aansprakelijk voor arbeidsongeval waarbij werknemer werkzaam in pallettruck is bekneld. Niet voldaan aan zorgplicht. Werkgever had volgens het hof werknemers onvoldoende getraind op calamiteiten en onvoldoende onderbouwd waarom niet is gekozen voor een pallettruck met een dichte achterkant die de rijrichting beschermt.

Feiten

Werknemer heeft van 1 december 2015 tot en met 4 april 2016 als uitzendkracht gewerkt bij Pon Logistics B.V. (hierna: Pon). Op 4 april 2016 is hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden een ongeval overkomen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Pon voor de gevolgen van het ongeval aansprakelijk is. Tegen deze uitspraak komt Pon op in hoger beroep.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat het ongeval heeft plaatsgevonden in de uitoefening van de werkzaamheden. De centrale vraag is of Pon aan haar zorgplicht heeft voldaan. Vast staat dat werknemer werkte in het magazijn waar hij bakken met goederen op een pallettruck laadde en deze naar een dock reed waar de goederen in de vrachtwagen werden geplaatst. De betreffende pallettruck heeft een open achterkant, een dichte rechterzijkant en voorkant, twee lepels om de lading te vervoeren en een rijschakelaar. Bij de linkervoet zit een zogenoemde dodemansknop die moet worden ingedrukt tijdens het rijden en moet worden losgelaten wanneer de pallettruck (acuut) tot stilstand moet worden gebracht. Tijdens een eerdere dienstbetrekking bij PostNL heeft werknemer een interne opleiding gevolgd tot het bedienen van een (kleinere) pallettruck. De arbeidsinspectie heeft Pon een boete opgelegd vanwege overtredingen die na het ongeval zijn vastgesteld, onder meer diverse beschadigingen en laksporen op de pallettruck en aanrijdbeveiliging. Werknemer heeft in het verleden daarvan onbetwist aangevoerd dat het vaker voorkomt dat er met de pallettruck tegen de aanrijdbeveiliging wordt gereden. Er werd de dag van het ongeval voor het eerst met een nieuw systeem gewerkt waardoor er minder ruimte beschikbaar was, de bakken dichter op elkaar stonden en het was drukker dan normaal.

Toedracht van het ongeval

Partijen zijn het niet eens over de precieze toedracht van het ongeval. Volgens werknemer heeft hij al rijdend de H-balk over het hoofd gezien en kwam die balk “opeens op hem af”,

waardoor hij in paniek buiten de pallettruck is geraakt en is bekneld. Volgens Pon is deze gang van zaken onmogelijk en heeft werknemer achterwaarts gereden met zijn rechtervoet buiten boord. Pon stelt dat geen sprake is van schending van de zorgplicht, aangezien werknemer goed is opgeleid voor de werkzaamheden, waarbij alles telkens is doorgesproken en in de praktijk is getest. Verder wordt dagelijks de instructie gegeven om de voeten binnen boord te houden. Het enige onderdeel van de opleiding/instructie dat werknemer niet heeft gehad – in verband met een wachtlijst – was een afsluitende training bestaande uit een anderhalf uur durende test. Omdat werknemer al een certificaat had, was die training voor hem echter niet noodzakelijk, hij kon immers al rijden. Volgens werknemer heeft hij echter nooit enige uitleg of instructie gekregen en is hij nimmer beoordeeld of begeleid. Er werd wel eens gezegd dat de voeten binnen boord moesten worden gehouden maar niet dagelijks. Specifieke instructies of training voor een calamiteit zoals een dreigende aanrijding zijn niet gegeven, ook niet de instructie om je in dat geval schrap te zetten en lijf en ledematen binnenboord te houden.

Voldaan aan zorgplicht?

Het hof is van oordeel dat, gelet op de feitelijke situatie op de werkvloer waar bakken staan en andere trucks rijden, een gereede kans bestond dat een pallettruck in botsing zou komen met bijvoorbeeld een op de werkvloer aanwezig voorwerp (zoals de H-balk). Dit was in het bijzonder voorzienbaar omdat Pon wist dat het, ondanks regelmatig waarschuwen, regelmatig voorkwam dat bestuurders hun voet niet in de pallettruck hielden. Vast staat ook dat – gelet op de sporen op de pallettruck en aanrijdbeveiliging – er regelmatig tegen de aanrijdbeveiliging werd gebotst. Dat de H-balken er altijd al staan en stilstaan, maakt dit niet anders. Zelfs wanneer wordt uitgegaan van de door Pon geschetste situatie en de gestelde gegeven instructies en genomen maatregelen, oordeelt het hof alsnog dat Pon niet zodanige maatregelen heeft getroffen en aanwijzingen heeft gegeven als redelijkerwijs van haar verwacht mocht worden. Het hof stelt hiertoe allereerst vast dat er pallettrucks op de markt zijn met een dichte achterkant. Een pallettruck waarvan de achterkant dicht is, beschermt het lichaam van bestuurders aan de achterzijde. Van Pon had verlangd mogen worden dat zij had verduidelijkt waarom het gebruik van deze pallettrucks met dichte achterkant en met open zijkanten waar eenvoudig in en uit kan worden gestapt en die het lichaam aan de achterzijde (de rijrichting) beschermen, redelijkerwijs van haar niet kan worden verlangd, dan wel wat de afwegingen zijn geweest om niet voor dit type pallettruck te kiezen. Dat heeft Pon niet gedaan. In zoverre is het hof dan ook van oordeel dat Pon een redelijke, van haar te vergen maatregel die het letsel had kunnen voorkomen, niet heeft getroffen. Daarnaast heeft Pon ook niet voldoende en adequate instructies gegeven. Niet is namelijk gebleken dat in de opleiding van Pon voldoende is stilgestaan bij calamiteiten en de mogelijke schrikreactie als gevolg. De enkele mondelinge instructie je schrap te zetten en ledematen binnenboord te houden, speelt naar het oordeel van het hof echter onvoldoende in op het gegeven dat wanneer zich een calamiteit zoals een dreigende botsing voordoet, er niet altijd rationeel, overeenkomstig de gegeven instructie, wordt gehandeld. Uit het voorgaande volgt dat Pon aansprakelijk is voor de gevolgen van het werknemer overkomen ongeval omdat Pon onvoldoende heeft aangevoerd voor de door haar gestelde conclusie dat zij voldoende maatregelen heeft getroffen en

instructies heeft gegeven die redelijkerwijs van haar mochten worden verlangd om het ongeval te voorkomen. Omdat de toedracht van het ongeval voor dit oordeel niet van belang is – in beide scenario’s luidt het oordeel dat Pon aansprakelijk – en ook overigens geen feiten zijn gesteld door Pon die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, gaat het hof voorbij aan het bewijsaanbod van Pon.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:11435

Zaaknummer: 200.263.733

Rechters: S.C.P. Giesen, L.R. van Harinxma thoe Slooten en H.M.J. van den Hurk

Advocaten: J. Streefkerk en J.G. Keizer

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer, die voorafgaand aan zijn dienstverband een studieovereenkomst tekent voor de kosten van een rijopleiding, dient de opleidingskosten terug te betalen. Het ontslag in de proeftijd en de bepalingen in de cao zorgen niet voor een andere uitkomst.

Feiten

Partijen hebben op 1 november 2018, zonder dat sprake was van een dienstverband, een studieovereenkomst gesloten voor de rijopleiding C en E bij C, inclusief theoretische en praktische toetsen. Afgesproken is onder meer dat de studiekosten door bedrijf X zullen worden voorgesloten en persoon B een eigen bedrag zal betalen van 10% van de opleidingskosten, met als voorwaarde dat de gehele cursus met goed gevolg wordt afgerond en de kandidaat na behalen van de cursus minimaal 26 maanden in dienst is bij X. B is met ingang van 15 april 2019 op grond van een arbeidsovereenkomst voor drie maanden in dienst getreden bij X in de functie van oproepkracht cleaner. Per 15 juli 2019 is B op grond van een arbeidsovereenkomst voor de duur van acht maanden in dienst getreden bij X in de functie van oproepkracht algemeen medewerker. Per 19 augustus 2019 is de arbeidsovereenkomst van B gewijzigd, omdat hij zijn rijopleiding had voltooid. Hij is per die datum bij X in dienst getreden in de functie van chauffeur met een arbeidsduur van 40 uur per week en een proeftijd van één maand. In de gewijzigde arbeidsovereenkomst is het volgende opgenomen: “Wanneer medewerker het dienstverband wil beëindigen [is] X gerechtigd [...] de totale opleidingskosten aan medewerker door te berekenen conform de overeenkomst welke is getekend op 1 november 2018.” Op 19 augustus 2019 is tevens het document “Aanhangsel arbeidsovereenkomst” door partijen ondertekend. Tijdens de proeftijd heeft X de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd en is die tot een einde gekomen. B is in verzet gekomen tegen het verstekvonnis van 29 april 2021. Volgens werknemer moet de oorspronkelijke vordering van X omtrent de terugbetaling van de studiekosten alsnog worden afgewezen. B heeft zich op het standpunt gesteld dat de artikelen 43 en 45 van de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen 2019 (hierna: de cao) van toepassing zijn op de studieovereenkomst. Volgens B is hij vanwege de toepassing van de cao niet verplicht om de studiekosten terug te betalen, omdat hij niet zelf ontslag heeft genomen.

Oordeel

Partijen zijn het erover eens dat B op grond van de studieovereenkomst van 1 november 2018 verplicht is om het door X betaalde deel van zijn studiekosten terug te betalen. De cao is van

toepassing op de werknemers die bij X in dienst zijn. B was echter nog geen werknemer toen hij de studieovereenkomst op 1 november 2018 sloot met X. B kan niet worden gevolgd in zijn stelling dat met het ingaan van zijn eerste arbeidsovereenkomst bij X op 15 april 2019 de cao alsnog van toepassing is verklaard op de studieovereenkomst van 1 november 2018, omdat nergens uit volgt dat dit tussen partijen is overeengekomen. Ook heeft de algemeenverbindendverklaring van de cao op 15 februari 2019 geen terugwerkende kracht, zodat dit er niet toe kan leiden dat de cao alsnog van toepassing is op de studieovereenkomst. Voorts kan B niet gevolgd worden in zijn stelling dat met het ingaan van zijn arbeidsovereenkomst als chauffeur op 19 augustus 2019 er met X een aangepaste of nieuwe studieovereenkomst is gesloten, namelijk het aanhangsel bij de arbeidsovereenkomst, en dat op die nieuwe studieovereenkomst de cao wel van toepassing is. Er was immers geen sprake van een nieuwe studieovereenkomst; op 19 augustus 2019 was 'de studie' al voltooid. Als het aanhangsel inhoudelijk wordt bekeken dan kan deze niet anders worden uitgelegd dan dat hierin de terugbetalingsafspraken van de reeds afgeronde rijopleiding nog een keer worden herhaald en vastgelegd, zodat dit niet kan worden aangemerkt als een nieuwe studieovereenkomst. Daarnaast is in de gewijzigde arbeidsovereenkomst van 19 augustus 2019 met betrekking tot de betaling van de opleidingskosten bij het beëindigen van het dienstverband door B ook verwezen naar de overeenkomst van 1 november 2018, wat erop duidt dat deze overeenkomst nog steeds geldig was en er geen sprake is geweest van een nieuwe studieovereenkomst. Een en ander betekent dat B niet gevolgd kan worden in zijn stelling dat de cao van toepassing is op de studieovereenkomst van 1 november 2018, zodat dit geen reden is waarom hij de studiekosten niet aan X hoeft terug te betalen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft B naar voren gebracht dat X met deze constructie (het eerst afsluiten van een studieovereenkomst en daarna pas het aanbieden van een arbeidsovereenkomst) de cao wil omzeilen. In deze stelling kan B niet gevolgd worden. Nu de hoogte van de oorspronkelijke vordering door werknemer niet is betwist, zal werknemer worden veroordeeld om de studiekosten ten bedrage van € 6.586,36 aan X te betalen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:11869

Zaaknummer: 9279803 \ CV EXPL 21-2625

Rechters: R.R. Roukema

Advocaten: S. Meeuwssen en J.A.C.M. van Ginneken

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek werknemer na twee jaar ziekte toegewezen. Niet ernstig verwijtbaar gehandeld door werkgeefster, dus geen aanspraak op transitievergoeding of billijke vergoeding.*Feiten*

Werknemer is op 4 januari 1993 bij werkgeefster in dienst getreden als montagemedewerker. Op 26 augustus 2013 is hij met ernstige gezondheidsklachten uitgevallen en nog altijd was werknemer arbeidsongeschikt. Na twee jaar ontving werknemer van het UWV een WIA-uitkering. Het UWV heeft de mate van arbeidsongeschiktheid van werknemer vastgesteld op 65,85%. Bij brief van 21 augustus 2015 heeft de gemachtigde van werknemer aan werkgeefster medegedeeld dat zij het dienstverband niet kan aanhouden, terwijl werknemer wel van de loonlijst wordt afgevoerd en dat werkgeefster een transitievergoeding verschuldigd is van € 46.474. Werkgeefster heeft als reactie hierop aangegeven dat zij niet van plan was de arbeidsovereenkomst met werknemer te beëindigen, zij werknemer zal oproepen zodra hij weer geschikt is om arbeid te verrichten en zij daarom geen transitievergoeding verschuldigd is. Werknemer verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met werkgeefster primair te ontbinden wegens verwijtbaar handelen dan wel nalaten van werkgeefster onder toekenning van een transitievergoeding. Subsidiar verzoekt hij de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van een vergoeding naar billijkheid.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat het verzoek van werknemer tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden toegewezen. Aan dat oordeel heeft meegewogen dat het om een werknemersverzoek gaat waarbij bijzondere opzegverboden niet aan de orde zijn. Verder is het (grond)recht van arbeidskeuze van belang, waardoor een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de werknemer in beginsel gehonoreerd dient te worden. Hoewel werkgeefster aanvoert dat er voor haar geen noodzaak is tot beëindiging van het dienstverband, heeft zij zich ten aanzien van de ontbinding gerefereerd aan het oordeel van de kantonrechter. Gelet op de voormelde omstandigheden is er naar het oordeel van de kantonrechter grond om de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst te laten eindigen. De arbeidsovereenkomst zal dan ook worden ontbonden per 1 februari 2016. Vervolgens dient te worden beoordeeld of er aanleiding is voor toekenning van een transitievergoeding en/of een billijke vergoeding. Hiervoor dient sprake te zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever. Volgens werknemer is hier sprake van. Hij stelt dat het in stand houden van de arbeidsovereenkomst door werkgeefster een truc is om onder betaling van de

transitievergoeding uit te komen. De kantonrechter is het met werknemer eens dat er op dit moment geen vooruitzicht is voor werknemer om aangepast werk te verrichten bij werkgeefster. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat op een werkgever geen verplichting rust om de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte te beëindigen. De stelling van werknemer dat hij van de loonlijst is afgevoerd, is geen omstandigheid die duidt op slecht werkgeverschap. Het in stand laten van de arbeidsovereenkomst is weliswaar als onfatsoenlijk te beschouwen, maar gelet op het voorgaande kan niet geconcludeerd worden dat werkgeefster door het in stand houden van de arbeidsovereenkomst misbruik maakt van recht of dat zij in strijd handelt met goed werkgeverschap. Het handelen van werkgeefster is derhalve thans niet te kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen. Het voorgaande leidt ertoe dat de gevorderde transitievergoeding en de gevorderde billijke vergoeding zullen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:9018

Zaaknummer: 4560425 AZ VERZ 15-156

Rechters: A.G.M. Zander

Advocaten: T.P. Boer en A. Verstraten

Wetsartikelen: 7:671c BW

RECHTSPRAAK

Professionele danser die wekelijkse zelftest weigert terecht geschorst. Het doel van werkgeefster om door de maatregel een veiliger werkomgeving te scheppen weegt zwaarder dan het bezwaar van werknemer tegen testen en het delen van de uitslag ervan.*Feiten*

Werknemer is sinds 2006 in dienst bij Stichting Date, Dans en Theater als danser en sinds 1 januari 2021 ook als artistiek assistent op basis van een 32-urige werkweek. Werkgeefster heeft werknemer medio oktober 2021 gevraagd zich in voorkomende gevallen te laten testen op het coronavirus, maar werknemer wilde aan dit verzoek niet voldoen. Werkgeefster heeft daarop besloten werknemer vanaf eind oktober 2021 te schorsen en de salarisbetaling aan werknemer per 1 december 2021 te staken. Ingaande 29 november 2021 heeft werkgeefster haar beleid en coronaprotocol aangescherpt door van iedereen te vragen eens per week een zelftest te doen. Daartoe zijn aan iedereen tests verschaft. Bij positief resultaat dient werkgeefster te worden geïnformeerd, dient men thuis te blijven en zich te laten testen door de GGD. Werknemer weigert hieraan te voldoen. Werknemer vordert in kort geding – kort gezegd – wedertewerkstelling en loondoorbetaling.

*Oordeel**Coronabeleid vs. grondrechten*

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het gaat er in deze zaak om of het coronabeleid van werkgeefster toelaatbaar is. Het onderdeel verplichten tot testen en het moeten meedelen van de uitslag ervan aan de werkgever, levert een schending van de privacy en van de lichamelijke integriteit van werknemer op. Dat hier een spanningsveld kan komen te liggen tussen het bieden van een veilige werkomgeving en de privacy/persoonlijke integriteit van de werknemer is al van voor corona bekend. Zo meldt de Autoriteit Persoonsgegevens in een nieuwsbericht van 15 maart 2019 in het kader van gegevensverwerking dat wetgeving voor het testen op alcohol, drugs of geneesmiddelen tijdens werktijd vereist is. Voor testen op corona ligt dit niet wezenlijk anders. Dat hiervoor nog geen wetgeving bestaat, maakt echter niet dat de testmaatregel van werkgeefster zonder meer verboden is.

Redelijk testbeleid

Werknemer is danser en als zodanig werkzaam. Aldus komt hij bij repetities en uitvoeringen in nauw contact met mededansers. Gegeven de besmettelijkheid van corona is de maatregel

van werkgeefster om wekelijks een zelftest van een danser te vragen en de uitslag daarvan met haar te delen redelijk. Daardoor wordt het risico beperkt dat de dansers (wel en niet gevaccineerd) in aanraking komen met iemand die corona heeft. De maatregel kan, naast de normale bij werkgeefster geldende veiligheidsregels als afstand houden, handen wassen, mondkapje dragen, als (minimaal) noodzakelijk worden aangemerkt om een veilige werkomgeving te scheppen voor de dansers (en hun naasten) gedurende de coronapandemie. Een minder verstrekkend middel om hetzelfde doel te bereiken is niet genoemd en niet goed voorstelbaar. In zoverre is de maatregel ook proportioneel. Kortom, het doel van werkgeefster om door de maatregel een veiliger werkomgeving te scheppen weegt zwaarder dan het bezwaar van werknemer tegen testen en het delen van de uitslag ervan. De bestreden inbreuk op de grondrechten van werknemer is gerechtvaardigd. Werknemer heeft nog gesteld dat schorsing een te verstrekkende maatregel is voor zijn weigering om zich te (laten) testen. Hij kan zijn werkzaamheden anders dan dansen blijven doen. Werkgeefster heeft daarentegen aangevoerd dat de werkzaamheden van werknemer voor vrijwel 100% contact op minder dan 1,5 meter met zich brengt. Werknemer heeft dit onvoldoende weersproken. Tegen die achtergrond is het testbeleid van werkgeefster redelijk. Aldus is voldoende aannemelijk geworden dat werkgeefster door de weigering van werknemer daaraan mee te werken tot schorsing van hem diende over te gaan. De vorderingen van werknemer worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:7321

Zaaknummer: KK 21-818

Rechters: C. von Meyenfeldt

Advocaten: J.P. Wiewel en E. Spijkerman

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Werkgever aansprakelijk voor door werknemer geleden pensioenschade, als gevolg van tekortkoming rechtsvoorganger. Werknemer is onvoldoende geïnformeerd over (nadelige) gevolgen wijziging pensioenregeling. Geen sprake van stilzwijgende instemming van werknemer.

Feiten

Werknemer, geboren in 1955, is op 15 november 1979 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) Air Liquide Welding, op haar beurt weer een rechtsvoorganger van werkgeefster, in de functie van magazijnmedewerker/heftruckchauffeur. Medio 2000 heeft de rechtsvoorganger van Air Liquide Welding besloten de toepasselijke pensioenregeling ten aanzien van haar werknemers jonger dan 50 jaar (geboren na 1 januari 1950) te wijzigen van een eindloonregeling naar een beschikbarepremieregeling. Het dienstverband van werknemer is in verband met een reorganisatie per 1 april 2011 geëindigd. Op enig moment betreft werknemer werkgeefster in rechte en stelt hij dat zij is tekortgeschoten in haar verplichtingen als goed werkgever. Air Liquid Welding heeft een wijziging van de pensioenregeling doorgevoerd zonder toestemming van werknemer, ten gevolge waarvan hij pensioenschade heeft geleden. Werknemer stelt voorts dat Air Liquid Welding heeft nagelaten hem te informeren over het wezenlijke verschil tussen de pensioenregelingen zodat zij, gelet op de ingrijpende wijziging, evenmin mocht uitgaan van de (stilzwijgende) instemming van werknemer met de wijziging van de pensioenregeling, aldus steeds werknemer. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt. De vraag of een overeenkomst tot wijziging van de pensioenregeling tot stand is gekomen, moet in beginsel beantwoord worden aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst. De kantonrechter heeft terecht overwogen dat daarbij van een werkgever verlangd mag worden dat hij zorgvuldig te werk gaat wanneer er binnen een onderneming van pensioenregeling gewisseld wordt of kan worden. Bij een wijziging van de pensioenvoorziening dient de werkgever de werknemer duidelijkheid te verschaffen over de inhoud van de wijziging. Dat betekent – zeker bij wijziging van een belangrijke arbeidsvoorwaarde – dat een werkgever de werknemer deugdelijk dient voor te lichten over de concrete gevolgen van een dergelijke wijziging. Naar het oordeel van het hof heeft Air Liquid Welding werknemer onvoldoende geïnformeerd over de strekking en de gevolgen van de wijziging van de pensioenvoorziening. De nadruk is gelegd

op positieve aspecten van de wijziging van de pensioenregeling, zoals individualisering en eigen invloed van de werknemer op zijn pensioenrechten. Werknemer is niet, althans niet op een voor een magazijnmedewerker met beperkte financiële achtergrond als werknemer voldoende duidelijke wijze gewezen op mogelijke nadelen en risico's in verband met de wijziging van de pensioenregeling. Zo is onvoldoende duidelijk gemaakt dat het beleggingsrisico volledig verschuift van pensioenverzekeraar naar werknemer en welke nadelen daaraan verbonden kunnen zijn. Het hof acht de verstrekte informatie bijzonder onevenwichtig en daarmee ook ontoereikend voor de conclusie dat werknemer zodanig is geïnformeerd dat hij welbewust de wijziging van de pensioenregeling heeft aanvaard. Dat werknemer de voorlichtingsbijeenkomst niet heeft bijgewoond, leidt niet tot een ander oordeel. De conclusie luidt dat sprake is van een tekortkoming van werkgeefster in de op haar rustende verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Er is geen sprake van stilzwijgende instemming van werknemer met de gewijzigde pensioenregeling. Werkgeefster is aansprakelijk voor de door werknemer geleden schade als gevolg van de tekortkoming van haar rechtsvoorganger. Het hof veroordeelt werkgeefster tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:3722

Zaaknummer: 200.269.941_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, O.G.H. Milar en A. van Zanten-Baris

Advocaten: A.J.C. van Bommel en F. van Velden-van Passel

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Pgb-zorgverlener die minder dan vier dagen per week werkt kan bij werkloosheid aanspraak maken op WW. Uitzonderingsbepaling (art. 6 lid 1 aanhef en onder c WW) dient buiten toepassing te blijven.*Feiten*

Mevrouw X heeft op 24 oktober 2014 een zorgovereenkomst gesloten met Y, aan wie een persoonsgebonden budget (pgb) is verleend. Uit deze overeenkomst volgt dat X in de periode van 1 december 2014 tot en met 31 december 2015 voor 4,5 uur per week, verdeeld over twee dagen, zorg verleent aan Y, de pgb-houder. Na 31 december 2015 is de overeenkomst stilzwijgend voortgezet. X heeft het UWV in mei 2019 verzocht om haar arbeidsverleden te wijzigen, omdat uit een opgevraagd verzekeringsbericht bleek dat haar werkzaamheden bij Y hierin niet waren meegenomen. Het UWV heeft het verzoek van werkneemster afgewezen en het tegen die afwijzing gerichte bezwaar van werkneemster ongegrond verklaard. Het UWV beroept zich op artikel 6 lid 1 aanhef en onder c WW, waaruit volgt dat werkneemster niet als werknemer in de zin van de WW kan worden aangemerkt, nu zij als zorgverlener voor twee dagen per week werkzaam was, en dat zij daarom niet verzekerd is voor werkloosheid. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat het UWV ten onrechte het correctieverzoek heeft afgewezen. Zij heeft in dit verband aangevoerd dat artikel 6 lid 1 aanhef en onder c WW, op grond waarvan haar werkzaamheden van de werknemersverzekeringen zijn uitgesloten, in strijd is met artikel 4 Richtlijn 79/7/EEG betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid van 19 december 1978 (de Richtlijn). Door haar pgb-werkzaamheden niet aan te merken als verzekerde arbeid, is sprake van discriminatie van vrouwen, omdat de betreffende werkzaamheden hoofdzakelijk door die groep worden uitgevoerd, aldus werkneemster.

Oordeel

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is de toepassing van een nationale maatregel die, al is hij op neutrale wijze geformuleerd, in feite een veel groter percentage vrouwen dan mannen benadeelt, in strijd met artikel 4 van de Richtlijn, tenzij die maatregel zijn rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. Dit is het geval wanneer de gekozen middelen beantwoorden aan een legitieme doelstelling van het sociaal beleid van de lidstaat waarvan de wettelijke regeling in geding is, en zij ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk zijn. Bovendien kan een dergelijke factor slechts worden geacht geschikt te zijn om de aangevoerde doelstelling te waarborgen, indien deze daadwerkelijk ertoe strekt die doelstelling coherent en

stelselmatig te bereiken (zie in dit verband onder meer het arrest van het Hof van Justitie van 20 oktober 2011, zaak C-123/10, ECLI:EU:C:2011:675 (*Brachner*), punt 70 en 71).

De rechtbank stelt vast dat de uitzonderingsbepaling (art. 6 lid 1 aanhef en onder c WW) feitelijk veel meer vrouwen dan mannen treft en dat daarom sprake is van indirecte discriminatie. Indirecte discriminatie is niet verboden, maar dan moeten daar wel gerechtvaardigde gronden voor bestaan. De rechtbank overweegt in dat kader dat met de Regeling dienstverlening aan huis is beoogd de arbeidsmarkt voor persoonlijke dienstverlening te stimuleren en illegale arbeid te voorkomen. Naar het oordeel van de rechtbank zijn dat legitieme doelstellingen. De rechtbank ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of het gekozen middel, de uitzonderingsbepaling, in het specifieke geval van X, dus de persoon die op basis van een zorgovereenkomst met een pgb-houder ten behoeve van diens huishouden werkzaamheden verricht, geschikt en noodzakelijk is. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend en verwijst daarbij onder andere naar een rapport van de commissie-Kalsbeek van maart 2014. De commissie-Kalsbeek heeft in opdracht van het kabinet en de sociale partners geadviseerd over een mogelijke verbetering van de positie van huishoudelijk werkers. De commissie-Kalsbeek komt tot de slotsom dat de uitzonderingsbepaling niet tot effect heeft gehad dat de werkgelegenheid voor pgb-zorgverleners is bevorderd en dat illegale tewerkstelling in dit segment niet plaatsvindt. De uitzonderingsbepaling, die indirecte discriminatie oplevert, vindt in dit geval dus geen rechtvaardiging in objectieve factoren. De rechtbank is gelet op het voorgaande dan ook van oordeel dat artikel 6 lid 1 aanhef en onder c WW in het geval van X buiten toepassing dient te blijven. Enerzijds leidt dat ertoe dat de werkzaamheden als pgb-zorgverlener dienen te worden opgenomen in het arbeidsverleden van X, anderzijds oordeelt de rechtbank dat X alsnog geen recht heeft op een WW-uitkering, omdat zij niet aan de referte-eis voldoet.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 16-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:12432

Zaaknummer: ROT 20/452 en ROT 20/836

Rechters: J. de Gans, D. Haan en A. Pahladsingh

Advocaten: F.P. Heijne, C.L.C. Reynaers, S.H.J. Hogendoorn, V.M. van Erpers Roijaards en S. Roodenburg

Wetsartikelen: 6 WW

RECHTSPRAAK

Verwijten die werknemer werkgeefster maakt, kunnen niet leiden tot het oordeel dat werkgeefster een ernstig verwijt valt te maken van de ziekte van werknemer nu zij niet behoefde te weten dat de hectische privésituatie van werknemer hem te veel werd.*Feiten*

Medtronic heeft in Nederland meer dan 3.000 werknemers in dienst, verspreid over vijf vestigingen, waaronder een vestiging waar het European Operations Center van Medtronic is gevestigd. Het Taxteam van Medtronic voor de EMEA-regio (Europa, Midden-Oosten en Afrika) is aldaar werkzaam. De vicepresident International Tax stuurt het EMEA Taxteam aan. Werknemer is op 1 maart 2016 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Medtronic in het European Operations Center. Werknemer woonde voordat hij bij Medtronic in dienst trad samen met zijn echtgenote en drie kinderen in een ander land. Onderdeel van de met Medtronic gesloten arbeidsovereenkomst is een 'relocation pakket', bedoeld voor de verhuizing van werknemer en zijn gezin naar een andere woning. Werknemer heeft in de periode maart tot en met juni/juli 2016 verbleven in een hotel, in zijn huis en te Düsseldorf bij zijn moeder. Omstreeks juli 2016 zijn de echtgenote van werknemer en hun drie kinderen in een ander land gaan wonen. Vanaf september 2016 tot medio februari 2017 heeft binnen Medtronic een transitie plaatsgevonden naar het flexibel werken. Bij brief van 15 maart 2017 heeft de vicepresident werknemer schriftelijk gewaarschuwd. De vicepresident verwijt werknemer in deze brief dat hij te vaak afwezig is tijdens kantooruren en dat hij niet op het van een Senior Tax Manager te verwachten niveau functioneert. Bij e-mail van 7 april 2017 heeft werknemer aan de vicepresident gemeld dat zijn dochter wordt gepest op school. Kort daarna is zij gaan inwonen bij vrienden van werknemer en heeft zij onderwijs gevolgd aan een andere school. Nadien heeft werknemer gewerkt aan een Tax exposure rapport. Dit rapport heeft hij 'zonder review' doorgezonden. Werknemer is erop gewezen dat het rapport veel fouten bevat. Op 7 mei 2017 heeft werknemer zich ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft op 31 mei 2017 forse fysieke en mentale beperkingen vastgesteld. Werknemer is daarna onafgebroken niet in staat geweest zijn werkzaamheden bij Medtronic te hervatten. Na verkregen toestemming van het UWV heeft Medtronic bij brief van 18 juni 2019 de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst is geëindigd op 31 oktober 2019. Werknemer verzoekt vast te stellen dat de opzegging van Medtronic het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van Medtronic en Medtronic te veroordelen tot betaling van een voorschot van € 119.000 op de billijke vergoeding. Medtronic verzoekt voor recht te verklaren dat zij niet ernstig verwijtbaar jegens werknemer heeft gehandeld.

Oordeel

Werknemer maakt Medtronic vergaande verwijten over de wijze waarop zij hem behandeld heeft. Zelfs als die verwijten juist zijn (Medtronic betwist dat) en die gekwalificeerd dienen te worden als ernstig verwijtbaar, dan nog leidt dat niet zonder meer tot de conclusie dat werknemer als gevolg daarvan ziek geworden is. Van werknemer mocht worden verwacht dat hij zijn stellingen onderbouwt met (bijvoorbeeld) rapporten van deskundigen, verklaringen van collega's, die een oorzakelijk verband zien/verklaren tussen de medische situatie waarin werknemer zich bevindt en de door hem gestelde bejegening door Medtronic en de vicepresident in het bijzonder. Enige onderbouwing ontbreekt namelijk. Reeds daarom is het verzoek van werknemer niet toewijsbaar. De kantonrechter is daarnaast (ten overvloede) van oordeel dat in het licht van het uitgebreid gemotiveerde verweer van Medtronic niet is komen vast te staan dat Medtronic ernstig verwijtbaar jegens werknemer gehandeld heeft. Het is duidelijk dat werknemer met zijn gezin privé een zeer hectische periode heeft doorgemaakt nadat hij de functie bij Medtronic aanvaardde. Medtronic was daarvan op de hoogte. Werknemer heeft er echter binnen Medtronic nooit melding van gemaakt dat deze situatie te veel van hem vergde. Medtronic heeft voorts verklaard dat zij werknemer uitdrukkelijk daarnaar gevraagd heeft en dat hij daarop reageerde met de mededeling dat er privé niets aan de hand was. In een dergelijke situatie kan Medtronic dan niet verweten worden dat zij te weinig rekening heeft gehouden met de moeilijke privésituatie waarin werknemer zich bevond. Daar komt nog bij dat (onbetwist) vaststaat dat als werknemer mede wegens privéomstandigheden om verlof vroeg, Medtronic dat steeds heeft toegestaan. Op grond van al deze overwegingen is de kantonrechter van oordeel dat van ernstig verwijtbaar handelen door Medtronic jegens werknemer geen sprake is geweest. De verzochte verklaring voor recht van Medtronic wordt toegewezen. De verzoeken van werknemer worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 08-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:9306

Zaaknummer: 8244280 AZ VERZ 19-127

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: F.H.I. Hundscheid, I. Swennen en L.H.J. Somers

Wetsartikelen: 7:682 BW

RECHTSPRAAK

Werkgeefster dient deel achterstallig loon van onder curatele gestelde werknemer te betalen over periode dat het loon niet naar de beheerrekening van de curator is overgemaakt, maar op een door werknemer doorgegeven bankrekening. Op werkgeefster rust een onderzoeksplicht.

Feiten

Werknemer is bij beschikking van 15 augustus 2017 onder curatele gesteld. X is benoemd tot curator. Werknemer is opgenomen in het Curatele- en Bewindregister. Werknemer is met ingang van 13 juli 2020 in dienst getreden bij werkgeefster op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst zou eindigen op 12 augustus 2021. Op 9 november 2020 meldt X aan werkgeefster dat werknemer onder curatele staat. X verzoekt het loon van werknemer voortaan op de beheerrekening te storten. Werkgeefster heeft aan dit verzoek wat betreft de periodes 11 2020 en 3 en 4 2021 gehoor gegeven. Bij e-mailbericht van 10 mei 2021 vraagt werknemer of hij in de laatste week van mei kan stoppen. Werkgeefster reageert met de mededeling dat de opzegging wordt goedgekeurd met inachtneming van een opzegtermijn van één maand en dat de laatste werkdag 30 juni 2021 zal zijn. Hierop meldt werknemer dat hij liever aan het eind van de maand mei stopt. Werknemer is eind mei 2021 vertrokken. Bij brief van 9 juni 2021 meldt X aan werkgeefster dat het loon van werknemer over de periode 6 tot en met 10 en 13 2020 en 1 en 2 2021 niet is overgemaakt op de beheerrekening. Werkgeefster wordt gesommeerd de betalingen over genoemde perioden alsnog te verrichten op de beheerrekening. Dat is niet gebeurd. Bij brief van 22 juli 2021 meldt X aan werkgeefster dat werknemer met ingang van die dag beschikbaar is voor werk. Op 4 augustus 2021 is ten laste van werkgeefster conservatoir derdenbeslag gelegd op haar bankrekening. De curator vordert onder meer in kort geding dat de kantonrechter werkgeefster veroordeelt tot betaling van achterstallig loon. Volgens X heeft werkgeefster met het overmaken van het loon op de door werknemer zelf opgegeven bankrekening(en) niet bevrijdend betaald. Werknemer was vanwege de curatele niet bevoegd die betalingen in ontvangst te nemen en daarnaast hebben deze hem niet, althans niet volledig, tot voordeel gestrekt. Werkgeefster voert daartegen aan dat zij wat betreft de loonperioden 8 tot en met 10 niets verschuldigd is aan X. Werkgeefster was niet bekend met de curatele van werknemer toen hij bij haar solliciteerde en er waren geen aanwijzingen op grond waarvan werkgeefster dat had kunnen of moeten weten.

Oordeel

Vooropgesteld wordt dat als een contractspartij de keuze maakt het Centraal Curatele- en Bewindregister – een openbaar register, dat op eenvoudige wijze kosteloos digitaal benaderbaar is – niet te raadplegen alvorens een overeenkomst aan te gaan, dat zij dan het risico neemt dat de overeenkomst vernietigd wordt als de contractant onder curatele blijkt te staan. Dit geldt ook voor een werkgever bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst met een werknemer. De kantonrechter volgt werkgeefster niet in haar stelling dat van haar in redelijkheid niet verlangd kon worden het Curatele- en Bewindregister te raadplegen. Als dat standpunt gevolgd zou worden, dan verliest de openbare registratie immers haar beschermingsdoel. Op werkgeefster rustte in dit opzicht een onderzoeksplicht die ertoe leidt dat haar geen beroep toekomt op het door haar gestelde gerechtvaardigd vertrouwen. De gevolgen van het niet raadplegen van dit register komen in beginsel dan ook voor rekening en risico van werkgeefster. Vast staat dat werkgeefster het loon van werknemer over de periodes 8, 9, 10, 12, 13 van 2020 en 1 en 2 van 2021 heeft overgemaakt op de door werknemer opgegeven rekeningnummers, niet zijnde de beheerrekening. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter kan ten aanzien van een deel van die betalingen worden gezegd dat deze bevrijdend zijn geweest. In artikel 6:31 BW is bepaald, voor zover hier van belang, dat betaling aan een onbekwame schuldeiser – werknemer – de schuldenaar – werkgeefster – bevrijdt, voor zover het betaalde de onbekwame tot werkelijk voordeel heeft gestrekt. Van 'werkelijk voordeel' is onder meer sprake wanneer het betaalde door werknemer nuttig is besteed. Nuttig zijn in ieder geval uitgaven voor levensonderhoud. Partijen zijn het erover eens dat werknemer een deel van het ontvangen loon heeft gebruikt voor zijn verzorging en levensonderhoud. Uit de overgelegde e-mailwisseling tussen werknemer en werkgeefster kan worden afgeleid dat werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Werkgeefster heeft daarmee ingestemd en werknemer heeft vervolgens, in overeenstemming met zijn verzoek om eind mei te stoppen, geen werkzaamheden meer verricht voor werkgeefster. Omdat de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn opgezegd tegen 1 juli 2021 kan X geen aanspraak maken op het loon over periode 7. Er bestaat evenmin recht op een transitievergoeding of aanzegvergoeding als het initiatief voor het beëindigen van het dienstverband of het niet voortzetten van het dienstverband bij de werknemer ligt.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:5609

Zaaknummer: 9379688 UV EXPL 21-144 VS/1257

Rechters: F.H. Charbon

Advocaten: M.R.A. Rutten en M.A.H.H. Ceelen

Wetsartikelen: 3:32 BW, 3:49 BW, 6:31 BW en

RECHTSPRAAK

Werknemer die vanuit Italië werkt voor in Nederland gevestigde werkgever, heeft hoofdverblijf in Italië. Dat hij als belastingplichtige in Nederland is geregistreerd, maakt niet dat Nederland zijn woonplaats is. Nederlandse kantonrechter onbevoegd van ontbindingsverzoek kennis te nemen.*Feiten*

Werknemer is sinds 1 november 2012 in dienst van werkgeefster, laatstelijk als 'Sr. Director, Customer Success Data Governance and Management'. In 2017 is werknemer een aantal maanden uitgezonden geweest naar Italië. In 2018 en 2019 heeft hij vanuit Italië gewerkt. Op 31 december 2019 heeft werkgeefster aan werknemer bericht dat zijn opdracht in Italië niet zal worden verlengd. Werkgeefster heeft werknemer verzocht zich weer formeel als belastingplichtige in Nederland te laten registreren. Op 16 januari 2020 heeft werknemer aan werkgeefster bericht dat hij zich per 1 januari 2020 in Nederland heeft ingeschreven. Op 25 februari 2020 heeft werknemer aan werkgeefster bericht dat hij zich vanaf 22 januari 2020 tijdelijk op het adres van zijn moeder (in Italië) heeft ingeschreven. Sinds het uitbreken van de coronapandemie werken (nagenoeg) alle werknemers van werkgeefster, over de wereld verspreid, vanuit huis. Op 11 maart 2021 heeft werknemer op het meldportaal van werkgeefster een melding gedaan dat hij positief is getest op COVID-19. Tegen zijn manager heeft werknemer aangegeven last te hebben van moeheid. Op 24 maart 2021 heeft werkgeefster een ontslaanvraag voor werknemer ingediend bij het UWV wegens bedrijfseconomische redenen. Op 25 maart 2021 is werknemer bericht dat zijn functie zou komen te vervallen en dat een ontslaanvraag is ingediend. Op 29 maart 2021 is werknemer ziek gemeld. Op 21 juli 2021 heeft het UWV geweigerd toestemming te verlenen om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen vanwege het opzegverbod tijdens ziekte. Werkgeefster verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de a- dan wel de g-grond. Werknemer voert verweer en stelt zich onder meer op het standpunt dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is en het Nederlandse ontslagrecht niet van toepassing is.

Oordeel

Nu het een arbeidsovereenkomst betreft met internationale aspecten, dient de kantonrechter zijn bevoegdheid te toetsen. Op grond van artikel 22 lid 1 Brussel I bis kan de vordering van de werkgever slechts worden gebracht voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer woonplaats heeft. De uitzondering van artikel 23 Brussel I bis doet zich hier niet voor. Dit betekent dus dat de Nederlandse rechter alleen bevoegd is als

werknemer woonplaats in Nederland heeft. De kantonrechter overweegt daarover als volgt. Werkgeefster is gevestigd in Nederland. Werknemer staat ingeschreven in Italië, maar heeft ook een huis in Nederland. De vraag die beantwoord moet worden is waar de woonplaats van werknemer is gelegen. Bij de beantwoording van die vraag moet op grond van artikel 62 Brussel I bis worden gekeken naar het nationale recht. Artikel 1:10 BW schrijft voor dat de woonplaats van een natuurlijk persoon zich te zijner woonstede bevindt, en bij gebreke van een woonstede ter plaatse van zijn werkelijke verblijf. In zijn arrest van 19 januari 1880 heeft de Hoge Raad overwogen dat onder hoofdverblijf dient te worden verstaan: de plaats waar iemand werkelijk woont met zijn gezin, waar hij de zetel van zijn fortuin heeft, zijn zaken behartigt, zijn goederen en eigendommen beheert, zodat men er niet vandaan gaat dan met een bepaald doel en voor een bepaalde tijd en tevens met het plan om als dat doel bereikt is terug te keren. In de onderhavige zaak staat vast dat werknemer in 2018 en 2019 in Italië heeft verbleven en vanuit daar heeft gewerkt. Werknemer is ook daarna in Italië gebleven. Werkgeefster heeft daar geen probleem van gemaakt. Kortom, van werkgeefster mocht hij dus ook in Italië blijven wonen. De enige eis die zij stelde was dat werknemer zich formeel als belastingplichtige in Nederland zou laten registreren. Dat maakt Nederland echter nog niet zijn woonplaats. Werknemer is ook in Italië ingeschreven, verblijft daar en ontvangt daar zijn noodzakelijke medische behandelingen. Zijn huis in Amsterdam heeft hij aangehouden als beleggingsobject en dat heeft hij sinds hij in Italië verblijft verhuurd. Dat werkgeefster is overeengekomen dat werknemer naar Nederland zou terugkeren, moge zo zijn, maar dat maakt niet dat zijn woonplaats op dit moment in Nederland is. Werkgeefster heeft er ook nimmer op aangedrongen dat werknemer naar Nederland kwam toen de coronapandemie dat weer toeliet. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat de woonplaats van werknemer is gelegen in Italië. Dit maakt dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is van deze zaak kennis te nemen. De kantonrechter verklaart zich onbevoegd.

Advocaten: mr. R. Wolters, mr. A.J. Quant

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 13-12-2021

Zaaknummer: 9449800 / ME VERZ 21-142

RECHTSPRAAK

Vordering in kort geding van (voormalig) Martinairpiloot om hem met terugwerkende kracht aan te melden in pensioenregeling Martinair afgewezen, ondanks arrest Hof Den Haag dat er per 1 januari 2014 sprake was van overgang van de onderneming Martinair naar KLM.*Feiten*

Werknemer is op 17 november 1994 in dienst getreden van Martinair Holland N.V. als vlieger. KLM heeft een vrachtdivisie, waarin de commerciële activiteiten van KLM Cargo in toenemende mate zijn geïntegreerd met Martinair. Dit heeft geleid tot het arrest van 8 juni 2021 van het gerechtshof Den Haag, waarin is geoordeeld dat KLM als verkrijger de exploitatie van Martinair Cargo heeft voortgezet en dat daarom per 1 januari 2014 sprake was van overgang van onderneming. KLM moet ter uitvoering van dit arrest de vliegers die op 1 januari 2014 in dienst waren van Martinair een aanbod tot tewerkstelling doen en de schade van de vliegers vergoeden nu zij in strijd met de normen van artikel 7:611 en 6:162 BW heeft gehandeld door te opereren alsof er geen overgang van onderneming was. In verband met de verslechtering van de vrachtmarkt heeft in 2015/2016 een reorganisatie plaatsgevonden bij KLM-Martinair. Werknemer heeft op initiatief van Martinair per 7 maart 2016 zijn arbeidsovereenkomst met Martinair beëindigd via een vaststellingsovereenkomst. Werknemer heeft tot 1 juli 2016 salaris ontvangen van Martinair en op basis daarvan pensioen opgebouwd. In verband met het bepaalde in het hierboven genoemde arrest van het gerechtshof Den Haag heeft KLM op 26 augustus 2021 aan onder meer werknemer een tewerkstellingsaanbod gedaan. Werknemer heeft dit onder voorwaarden aanvaard bij e-mail van 30 augustus 2021. Werknemer vordert in dit kort geding onder meer KLM te veroordelen om met terugwerkende kracht tot 1 juli 2016 werknemer aan te melden in de pensioenregeling van Martinair (tot 1 januari 2018 Aegon en vanaf 1 januari 2018 LifeSight) of een daarmee gelijkwaardige pensioenregeling en aangemeld te houden tot de datum van tewerkstelling.

*Oordeel**Spoedeisend belang*

Ter zitting is uitvoerig aan de orde geweest of werknemer een spoedeisend belang heeft bij een dergelijke voorziening. Werknemer heeft zich ter onderbouwing van de spoedeisendheid van zijn vordering met name beroepen op de voor hem uiterst ongewenste situatie die zou ontstaan indien hij zou komen te overlijden voordat hij alsnog weer, met terugwerkende kracht, bij het pensioenfonds van Martinair zou zijn aangemeld, aangezien zijn nabestaanden

dan met een lagere pensioenuitkering zouden worden geconfronteerd. KLM heeft daar terecht tegen ingebracht dat, mocht deze onverhoopte situatie zich voordoen, de schadevordering op KLM met betrekking tot het pensioen op de nabestaanden overgaat. Dat het werknemer tegenstaat dat zijn nabestaanden met een dergelijke vordering op KLM zouden worden belast in een toch al nare situatie vanwege zijn overlijden, is op zichzelf begrijpelijk, maar onvoldoende reden om thans een voorziening te treffen. Dit geldt temeer nu het gelet op het debat van partijen in het kader van deze kortgedingprocedure onmogelijk is om te kunnen overzien of de primaire of subsidiaire vorderingen van werknemer kans van slagen hebben in een eventuele bodemprocedure.

Reorganisatie vrachtdivisie 2016

KLM heeft overtuigend aangevoerd dat ook als werknemer wel per 1 januari 2014 daadwerkelijk van Martinair was overgegaan naar KLM, hij niettemin als Martinairvrachtvlieger bij de reorganisatie van de vrachtdivisie in 2016 voor afvloeiing in aanmerking zou zijn gekomen. Werknemer heeft daartegen ingebracht dat hij er in dat geval voor zou hebben gekozen om bij KLM te blijven als passagiersvlieger, zodat hij niet zou zijn vertrokken. Dit scenario wordt echter onwaarschijnlijk geacht, aangezien werknemer in dat geval van de vrachtdivisie van Martinair met de Martinair-cao had moeten overstappen naar de passagedivisie van KLM met de KLM-cao, waarbij hij zijn anciënniteit zou hebben verloren en derhalve een groot salarisoffer had moeten brengen. Ook toen al was duidelijk dat de Martinairvliegers en de KLM-vliegers niet zouden worden samengevoegd en werknemer na 1 januari 2014, ook als hij wel in dienst was gekomen van KLM, bleef vallen onder de Martinair-cao. Dat betekent dat voorshands wordt geoordeeld dat hij bij een overstap naar de passagiersdivisie een groot salarisoffer had moeten brengen, waarvan niet voldoende aannemelijk is geworden dat hij dat zou hebben gedaan en dus in dat geval niet zou hebben gekozen voor de afvloeiingsregeling.

Aanmelding met terugwerkende kracht bij pensioenfondsen niet mogelijk

Los van deze discussie is onduidelijk of de verschillende pensioenfondsen Aegon en LifeSight een aanmelding met terugwerkende kracht accepteren, terwijl er geen loon is betaald. Volgens KLM moet men om in aanmerking te komen voor nabestaandenpensioen onder de huidige Martinairregeling (ondergebracht bij LifeSight) deelnemer zijn en pensioengevend inkomen genieten. Of werknemer op grond van de achteraf vastgestelde overgang van onderneming alsnog recht heeft op (achterstallig) loon is, is in deze procedure niet aan de orde en met goede reden, aangezien dit, gelet op de verschillende dienstverbanden en ook periodes van werkloosheid, uiteraard een complexe kwestie betreft. Op de uitkomst daarvan kan dan ook niet vooruit worden gelopen. Werknemer heeft verder zelf ter zitting toegegeven dat het twijfelachtig is of alsnog aanmelding bij Aegon mogelijk is, omdat die regeling inmiddels is afgesloten. Een en ander leidt dan ook tot de conclusie dat bij deze stand van zaken KLM niet bij wijze van voorlopige voorziening kan worden opgelegd om werknemer met terugwerkende kracht aan te melden bij de pensioenregeling van Martinair of bij een daarmee gelijkwaardige pensioenregeling zoals gevorderd. De kantonrechter wijst de vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 29-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:7094

Zaaknummer: 9516952

Rechters: L. van Berkum

Advocaten: S. Oosting en J.M. van Slooten

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7:611 BW, 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek ten aanzien van arbeidsovereenkomst medisch specialist terecht afgewezen. Oordeel hof dat tussenstap van verbetermogelijkheid is overgeslagen, niet onbegrijpelijk. Ziekenhuis heeft ten onrechte niet oprecht ingezet op verbetering van functioneren van werknemster.*Feiten*

Werkneemster is in 2012 in dienst getreden bij Radboud Universitair Medisch Centrum (hierna: Radboudumc), als academisch medisch specialist. Zij is tot 8 januari 2018 ingeschreven geweest als arts in het BIG-register en daarna weer vanaf 3 april 2018. Voorts is zij tot 28 mei 2017 ingeschreven geweest in het RGS-register. Werkneemster heeft in februari 2019 contact gehad met haar bedrijfsleider omtrent het feit dat haar registraties niet rond waren. Daarnaast zijn in die periode diverse 'jaargesprekken' gevoerd, veelal over het functioneren van werknemster. Daarbij is werknemster gewezen op punten die zij dient te verbeteren, zowel op het gebied van directe als indirecte patiëntenzorg. Op 4 juli 2019 hebben het afdelingshoofd en de bedrijfsleider het mogelijk disfunctioneren van werknemster als internist-oncoloog gemeld bij de Commissie Onderzoek. Omdat geconstateerd werd dat werknemster van 28 mei 2017 tot 6 februari 2018 niet geregistreerd is geweest als internist, er twijfels zijn over de registratie in het BIG-register, en zij nooit als internist-oncoloog is geregistreerd, is zij (voorlopig) op non-actief gesteld. De Commissie Onderzoek heeft op 12 september 2019 rapport en advies uitgebracht, waaruit volgt dat zij heeft vastgesteld dat op onderdelen sprake is van disfunctioneren en dat er onverantwoorde elementen, alsmede patiëntveiligheidsissues aan de orde zijn geweest. Bij brief van 20 september 2019 heeft het afdelingshoofd aan werknemster laten weten dat zij op basis van het advies van de Commissie Onderzoek, de niet-naleving van de registratieverplichtingen en nieuwe zaken die tijdens de op non-actiefstelling naar voren zijn gekomen, waaruit duidelijk is geworden dat werknemster haar werk niet naar behoren heeft gedaan, heeft besloten de arbeidsovereenkomst zo spoedig mogelijk te beëindigen. Zodoende is een ontbindingsverzoek ingediend op de e- dan wel de g-grond. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek afgewezen. In hoger beroep is het verzoek eveneens gegrond op de d-grond. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd.

Oordeel hof

Ten aanzien van de e-grond stelt het hof onder meer vast dat werknemster van het niet ingeschreven staan bij de registers een verwijt kan worden gemaakt. De afdelingsleider was

daarvan echter al in februari 2018 op de hoogte en de registraties waren in februari/maart 2019 (weer) in orde. Uit de verschillende rapporten kan niet zonder meer geconcludeerd worden dat sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van werkneemster. De e-grond strandt aldus. Ook van een voldragen d-grond is geen sprake. Het hof stelt voorop dat Radboudumc in dit kader een zekere beoordelingsruimte heeft. Zij mag als academisch ziekenhuis hoge eisen stellen aan haar medewerkers ten behoeve van de best mogelijke patiëntenzorg, maar moet zich ook als goed werkgever gedragen, ook tegenover een werknemer die naar de mening van de werkgever niet goed functioneert. Aan de vereisten voor een voldragen d-grond heeft Radboudumc niet voldaan, onder meer nu er een betrekkelijk korte periode zit tussen de eerste uiting van serieuze zorgen over het functioneren van werkneemster en de datum van op non-actiefstelling, en nu werkneemster vanaf haar indiensttreding nooit kritiek op haar functioneren heeft ontvangen tot het moment dat er een nieuwe afdelingshoofd aantrad. Het hof overweegt dat de beoordelingsruimte van de werkgever in dit kader niet zó groot is dat het alleen aan de werkgever is om te beslissen of een werknemer wel of niet de gelegenheid dient te krijgen zijn functioneren te verbeteren. Radboudumc had zich als goed werkgever niet zonder meer mogen verlaten op het advies van de Commissie Onderzoek, maar had een eigen inschatting dienen te maken en een verbetertraject moeten opzetten. Werkneemster zal nog in de gelegenheid moeten worden gesteld haar functioneren te verbeteren. Het beroep op de g-grond slaagt evenmin. Radboudumc heeft beroep in cassatie ingesteld.

Conclusie A-G (Drijber)

De A-G overweegt als volgt. Hoewel men de zorgen van Radboudumc over het functioneren van werkneemster goed kan begrijpen, acht hij het oordeel van het hof dat zich (nog) geen voldragen ontslaggrond voordoet niet onjuist of onbegrijpelijk. Radboudumc heeft lange tijd geen kenbare kritiek gehad op het functioneren van werkneemster, ook niet toen (begin 2018) was gebleken dat zij haar registraties als medisch specialist niet op orde had. Na wisseling van de leiding van haar afdeling hebben haar leidinggevendenden wel tekortkomingen geconstateerd, maar aanvankelijk ging het vooral om enkele praktische kwesties. Vervolgens is een inhoudelijk onderzoek gestart, waarna in hoog tempo is aangekoerst op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zonder dat aan werkneemster een serieuze en reële kans op verbetering is geboden. Volgens de A-G is het zeker niet onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat de tussenstap van een verbetermogelijkheid is overgeslagen, oftewel dat Radboudumc niet oprecht heeft ingezet op verbetering van het functioneren van werkneemster door haar daartoe een serieuze en reële mogelijkheid te bieden. Dat wordt niet anders doordat werkneemster, zoals Radboudumc in cassatie stelt, nog tot haar op non-actiefstelling de gelegenheid zou hebben gehad om verbetering te tonen. Alle klachten van Radboudumc falen. De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De Hoge Raad heeft de klachten over de beschikking van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die beschikking. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is

gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 Wet RO).

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-12-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1891

Zaaknummer: 20/03304

Rechters: C.A. Streefkerk, C.E. Du Perron en G.C. Makkink

Advocaten: T. van Malssen, S.F. Sagel en I.L.N. Timp

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub d BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:671b BW, 7:683 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

Verlofaanvraag werknemer voor de periode 25 december 2021 tot en met 9 januari 2022 ook in kort geding afgewezen. Toets aan de gewichtige redenen van artikel 7:638 BW.*Feiten*

Werknemer heeft op 1 oktober 2021 bij zijn werkgever Fortas Mobiele Surveillance B.V. (hierna: Fortas) een verlofaanvraag ingediend voor de periode van 25 december 2021 tot en met 9 januari 2022. Met betrekking tot het opnemen van verlof hanteert Fortas een reglement, waarin een beleid is vastgelegd met betrekking tot het opnemen van verlof tijdens de feestdagen, waaronder de kerstdagen en de jaarwisseling. Fortas wijst op grond van het binnen de organisatie gehanteerde beleid de verlofaanvraag af. Werknemer vordert in kort geding dat Fortas hem alsnog toestemming geeft het verlof te mogen opnemen. Fortas voert gemotiveerd verweer.

Oordeel

De voorzieningenrechter toetst de vordering van werknemer aan de in artikel 7:638 BW neergelegde norm. Deze norm heeft betrekking op de vaststelling van de vakantie overeenkomstig de wensen van werknemer, tenzij gewichtige redenen aan de kant van werkgever zich daar tegen verzetten. Fortas voert als gewichtige redenen aan dat er binnen de organisatie sprake is van structurele onderbezetting, een hoog ziekteverzuim, een hoog aantal verlofaanvragen, de te verwachten precedentwerking en een ernstige verstoring van de bedrijfsvoering. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is er sprake van voldoende gewichtige redenen aan de kant van werkgever. De vorderingen van werknemer worden afgewezen met veroordeling van werknemer in de kosten van deze procedure.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 30-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:8978

Zaaknummer: 9493100 CV EXPL 21-4824

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: J.J.M.C. Jacobs en L.E.I.K. Jaminon

Wetsartikelen: 7:638 BW

RECHTSPRAAK

Vakbonden hebben een bodemprocedure gestart over de uitleg van de vrijwillige vertrekregeling in de NS-cao. In afwachting van de uitkomst van deze bodemprocedure vorderen vakbonden in kort geding een voorbehoud toe te voegen aan de finalekwijtingsbepaling in de vaststellingsovereenkomsten die aan NS-medewerkers worden aangeboden.*Feiten*

Federatie Nederlandse Vakbeweging c.s. (hierna: Vakbonden) zijn betrokken bij de totstandkoming van de cao van de N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS). Onderdeel van de NS-cao is het in hoofdstuk 11 opgenomen sociaal plan. Het sociaal plan is afgesloten voor de periode tot 1 januari 2025 en is van toepassing op reorganisaties of personeelsverminderingen binnen de verschillende ondernemingen van NS. In het sociaal plan wordt onderscheid gemaakt tussen een premobiliteitsfase en daarop volgende boventalligheidsfase. Tussen Vakbonden en NS ontstaat discussie over de uitleg van de bepalingen met betrekking tot de hoogte van ontslag in de premobiliteitsfase, de aftoppingsregeling bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd en de pensioenopbouw na ontslag. Bij de ontslaguitkering draait het om de vraag of op en na 1 januari 2020 bij de berekening van de transitievergoeding nog rekening moet worden gehouden met de 50plus-regeling die tot die datum was opgenomen in artikel 7:673d BW. Dit uitleggeschil is in een bodemprocedure bij de rechtbank Midden-Nederland aanhangig gemaakt. Werknemers die als premobiel zijn aangemerkt en in aanmerking willen komen voor de vrijwillige vertrekregeling in het sociaal plan, krijgen van NS een vaststellingsovereenkomst aangeboden. In de vaststellingsovereenkomst is een standaard finalekwijtingsbepaling opgenomen. Vakbonden willen ten aanzien van de finale kwijting een voorbehoud maken met de strekking dat, indien vakbonden in de bodemprocedure onherroepelijk geheel of gedeeltelijk in het gelijk worden gesteld, aan de desbetreffende werknemers alsnog de rechten worden toegekend, waarop zij ingevolge de uitkomst van de bodemprocedure recht zouden hebben. In kort geding vorderen vakbonden aan de finalekwijtingsbepaling een voorbehoud toe te voegen. NS betwist de vordering van Vakbonden. Naar de mening van NS staat het beginsel van de contractvrijheid in de weg aan een veroordeling om in de nog te sluiten vaststellingsovereenkomsten een voorbehoud bij de finale kwijting op te nemen. Volgens NS kan aan de contractvrijheid alleen artikel 7:611 BW in het geval van een evidente onbillijkheid iets afdoen.

Oordeel

De voorzieningenrechter stelt dat het in dit kort geding gaat om de vraag of NS als goed werkgever handelt door in de aan de werknemers aan te bieden vaststellingsovereenkomsten een finalekwijtingsbepaling op te nemen, zonder dat daarin een voorbehoud is gemaakt voor het geval in een bodemprocedure wordt beslist dat de uitleg die NS aan de desbetreffende cao-bepaling geeft onjuist is. De voorzieningenrechter oordeelt dat het in het arbeidsrecht geen zeldzaamheid is dat de contractsvrijheid onder omstandigheden wordt ingeperkt door de eisen die aan goed werkgeverschap mogen worden gesteld. Van een goed werkgever mag onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs worden verlangd dat hij zijn werknemers een individuele gang naar de rechter bespaart indien in het 'collectieve geschil' met Vakbonden onherroepelijk is beslist dat de uitleg die de werkgever eerder ten nadele van de werknemer aan de cao heeft gegeven (geheel of ten dele) onjuist is. De vordering van Vakbonden wordt onder toekenning van een dwangsom toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:6067

Zaaknummer: c/16/527818 KG ZA 21-542 LH/1040

Rechters: A.R. Creutzberg

Advocaten: E.E.P. Gosling-Verheijen, A.M. Dielemans-Buiteman, P.G. Vestering, P. Disseldorp en M.J.M.F. van Rooy

Wetsartikelen: 7:611 BW, 6:2 BW, 6:248 BW, 12 WCAO en 14 WCAO

RECHTSPRAAK

Als een werknemer zonder instemming van de werkgever niet het overeengekomen aantal uren werkt, kan sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming, maar dat levert niet zonder meer een recht op tot terugvordering van salaris.

Feiten

Werknemer is vanaf 1973 tot aan zijn pensioendatum van 16 augustus 2019 in dienst geweest bij (de rechtsvoorganger van) Feenstra. Op de arbeidsovereenkomst was de cao voor het Bakkersbedrijf van toepassing. Deze cao kent een bijzondere regeling voor oudere werknemers onder de naam ‘vitaliteitsregeling’ waarvan werknemer vanaf november 2016 gebruik heeft gemaakt. In 2017 is de arbeidsverhouding verstoord geraakt door onenigheid over de reiskostenvergoeding, het aantal gewerkte uren en/of het verlofsaldo. Op 26 september 2017 heeft werknemer zich ziek gemeld. Tot zijn pensioendatum heeft werknemer niet meer voor Feenstra gewerkt. Feenstra heeft tot de pensioendatum het salaris doorbetaald en bij de eindafrekening, met de loonstrook over augustus 2019, de vakantietoeslag uitbetaald. Op die loonstrook staat een tegoed van 228 uur seniorenverlof. Die uren zijn niet uitbetaald. In reactie op verzoeken van werknemer om de openstaande verlofuren alsnog uit te betalen, heeft Feenstra op 27 november 2019 geantwoord dat zij genoeg heeft bijgedragen en zo nodig kan bewijzen dat werknemer te weinig uren heeft gewerkt. Werknemer vordert alsnog uitbetaling. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen. Feenstra komt op tegen dat vonnis.

Oordeel

Het hof oordeelt dat werknemer in beginsel recht heeft op uitbetaling van 228 verlofuren. Feenstra beroept zich op verrekening met te veel betaald salaris, maar gesteld noch gebleken is dat werknemer meer loon per maand ontvangen heeft dan is overeengekomen. Er is dan ook geen sprake van onverschuldigd betaald loon, dat verrekend mag worden met de openstaande vordering van werknemer. Wat Feenstra stelt, is dat werknemer niet het overeengekomen aantal uren werkte. Zelfs als dat juist is, betekent dat niet dat Feenstra onverschuldigd het periodiek verschuldigde salaris heeft betaald. Als een werknemer zonder instemming van de werkgever niet het overeengekomen aantal uren werkt, kan sprake zijn van een al dan niet toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van een werknemer. Mogelijk rechtvaardigt dit een sanctie, maar dat levert niet zonder meer een aan de werkgever toekomend recht op tot terugvordering van salaris. Feenstra heeft niet onderbouwd dat, als al zou komen vast te staan dat werknemer minder uren heeft gewerkt dan is overeengekomen,

zij een opeisbare tegenvordering heeft die zij kan verrekenen met de op zichzelf toewijsbare vordering van werknemer.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:11419

Zaaknummer: 200.294.127/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en W.P.M. ter Berg

Advocaten: M. Walvius en M.B. van Voorthuizen

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer die niet tijdig gevolg geeft aan uitnodigingen voor overleg over een arbeidsovereenkomst met vaste arbeidsomvang en een melding wegens vermeend kindermisbruik, ten onrechte op staande voet ontslagen. Toekenning van de billijke vergoeding en de transitievergoeding en veroordeling tot betaling van achterstallig salaris.*Feiten*

Werknemer is sinds 1 juli 2009 op basis van een oproepovereenkomst als taxichauffeur in dienst van werkgever tegen een salaris van € 14,24 bruto per uur, exclusief 8,85% vakantierechten en 8% vakantietoeslag, die maandelijks worden uitbetaald. Werknemer vervoerde dagelijks op afroep schoolkinderen. In maart 2020 respectievelijk begin 2021 klopt werknemer bij werkgever aan voor compensatie van zijn inkomensverlies, omdat er ten gevolge van de coronapandemie geen kinderen meer te vervoeren waren. Werkgever geeft aan niet tot compensatie over te kunnen gaan, omdat geen gebruik kon worden gemaakt van de NOW-regelingen. Werknemer verzoekt vervolgens om een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang. Er ontstaat discussie over de omvang van de werkzaamheden en het functioneren van werknemer. Werknemer wordt op 4 maart 2021 vrijgesteld van werkzaamheden. Een voorstel van werkgever om te komen tot een beëindiging van het dienstverband wordt afgewezen. Ook over de gemiddelde arbeidsomvang per maand bereiken partijen geen overeenstemming. Vervolgens wordt werknemer opgeroepen te komen werken, waarop een ziekmelding volgt. Vanaf de periode van ziekmelding heeft werkgever werknemer bij herhaling tevergeefs uitgenodigd om overleg te voeren over de arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang en over een melding wegens vermeend kindermisbruik. Er volgt een discussie over de inhoud van een rapportage van de bedrijfsarts met betrekking tot de vraag of werknemer wel of niet in staat was om een gesprek te voeren. Werkgever stelt zich op het standpunt dat werknemer de bedrijfsarts zou hebben voorgelogen en zijn re-integratie zou hebben belemmerd. Op 1 juli 2021 wordt werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer betwist het ontslag op staande voet en verzoekt de kantonrechter werkgever te veroordelen tot betaling van de billijke vergoeding, de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding en het achterstallig salaris. Werkgever verzoekt afwijzing en stelt zich op het standpunt dat als de beëindiging niet door het ontslag op staande voet zou zijn geëindigd de arbeidsovereenkomst op korte termijn wegens een verstoorde arbeidsverhouding tot een einde zou zijn gekomen.

Oordeel

De kantonrechter stelt op de eerste plaats vast dat werkgever een tweetal klachten over de wijze van werken door werknemer onvoldoende heeft onderbouwd. Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat ook niet kan worden vastgesteld of werknemer de bedrijfsarts onjuist zou hebben geïnformeerd. Ook de weigering wegens de korte termijn waarop werkgever werknemer heeft uitgenodigd voor een gesprek en het feit dat werknemer met het oog op de melding van vermeend kindermisbruik niet zonder zijn gemachtigde wilde komen, kan werknemer niet worden tegengeworpen. Het ontslag op staande voet is naar het oordeel van de kantonrechter ten onrechte ingeroepen. Werkgever wordt veroordeeld tot betaling van een billijke vergoeding van ruim € 10.000, waarop de gefixeerde schadevergoeding in mindering is gebracht, alsook de transitievergoeding (ruim € 2.000) en een bedrag aan achterstallig loon.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:13704

Zaaknummer: 9421459

Rechters: M. Nijenhuis

Advocaten: T. Bouwman-Huisman en A.W.A. Varkevisser

Wetsartikelen: 7:610b BW, 7:628a lid 5 BW, 7:672 lid 11 BW, 7:673 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid afgewezen. Eerder heeft het UWV geweigerd toestemming te verlenen voor opzegging. Werkgever slaagt er niet in aan te tonen dat werknemer niet in staat is in aangepaste vorm de bedongen arbeid te verrichten.

Feiten

Werknemer met een WSW-indicatie is sinds 1 augustus 2008 op basis van verschillende detacheringsovereenkomsten en sinds 1 oktober 2010 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam voor werkgever. Werknemer vervult gedurende 40 uur per week de functie van Warehouse Assistant tegen een salaris van € 3.059,74 per maand, exclusief vakantietoeslag. Werknemer is op 28 augustus 2018 uitgevallen wegens ziekte. Gedurende de re-integratie zijn de uren opgebouwd tot 16 uur per week. Op 24 augustus 2020 is er een WIA-beoordeling met een arbeidsongeschiktheidspercentage van 49,7%, nadat werkgever op meerdere momenten aan werknemer en de arbeidsdeskundige van het UWV heeft medegedeeld dat er na de wachttijd van 104 weken aangepaste werkzaamheden voor 20 uur per week beschikbaar zouden zijn. In 2021 dient werkgever een ontslagaanvraag bij het UWV in. Bij besluit van 29 april 2021 heeft het UWV geweigerd toestemming te verlenen, omdat werknemer in staat wordt geacht in eigen aangepaste werkzaamheden voor 20 uur per week te werken. Op 19 mei 2021 komt er een nieuwe WIA-beoordeling, waarbij het arbeidsongeschiktheidspercentage is bepaald op 73,07%. Werkgever verzoekt vervolgens ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat er sprake zou zijn van gewijzigde omstandigheden. Daarbij gaat het onder andere om een toegenomen werkdruk, een hoger handelingstempo, veelvuldig (onvoorspelbare) deadlines en productiepieken. Werknemer verzoekt gemotiveerd om een afwijzing van het ontbindingsverzoek, dan wel indien een ontbinding volgt de toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt dat bij de toetsing van het ontbindingsverzoek wegens langdurige arbeidsongeschiktheid na weigering van de toestemming door het UWV, de kantonrechter gehouden is aan dezelfde criteria als die door het UWV worden toegepast. De kantonrechter dient de zaak geheel opnieuw te beoordelen en kan zich niet beperken tot de vraag of het UWV tot een juist oordeel is gekomen. Werkgever moet aantonen dat werknemer door ziekte of gebreken zijn werk niet meer kan verrichten en binnen 26 weken óf niet kan herstellen voor het verrichten van zijn werk óf zijn werk niet in aangepaste vorm kan verrichten. Ook dient te

worden aangetoond dat werknemer niet binnen een redelijke termijn kan worden herplaatst, ook niet met behulp van scholing. De kantonrechter is van oordeel dat werkgever, mede gelet op de overgelegde (arbeidsdeskundige) rapporten en gelet op de gemotiveerde betwisting van werknemer, onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat werknemer zijn taken uit de functieomschrijving niet in aangepaste vorm kan verrichten. Ook de stelling van werkgever dat de arbeidsdeskundigen destijds het standpunt en de mededeling van werkgever dat aangepaste werkzaamheden voor 20 uur per week beschikbaar zouden zijn, verkeerd zouden hebben begrepen acht de kantonrechter niet aannemelijk. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:13691

Zaaknummer: 9306522 EJ VERZ\21-84955

Rechters: S.M. Westerhuis-Evers

Advocaten: M. van Dort en R. Craenen

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub b BW

RECHTSPRAAK

Werknemer vordert in kort geding wedertewerkstelling. Werkgeefster heeft een ontslagaanvraag ingediend op grond van bedrijfseconomische redenen. Vorderingen van werknemer worden afgewezen omdat niet op de uitkomst van de UWV-procedure kan worden vooruitgelopen.*Feiten*

Werknemer is sinds 1 oktober 1988 in dienst van Chevron Netherlands B.V. (hierna: Chevron) tegen een salaris van € 8.462 bruto per maand, exclusief overige emolumenten. Chevron wil de arbeidsovereenkomst beëindigen en biedt werknemer op 8 januari 2020 een vaststellingsovereenkomst aan. Op 30 januari 2020 meldt werknemer zich ziek. De bedrijfsarts oordeelt dat er geen sprake is van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte en adviseert partijen met elkaar in gesprek te gaan. Werknemer vraagt op 3 februari 2020 een deskundigenoordeel aan. Chevron dient op dezelfde dag op grond van bedrijfseconomische redenen (vervallen van de functie) een ontslagaanvraag in bij het UWV. Op 3 maart 2020 luidt het deskundigenoordeel dat werknemer op 30 januari 2020 ziek was. Chevron heeft daarop de aanvraag voor ontslagvergunning ingetrokken. Werknemer vraagt vervolgens op 23 december 2020 een deskundigenoordeel aan met de vraag of Chevron voldoende aan haar re-integratie-inspanningen heeft voldaan. Op 24 maart 2021 oordeelt het UWV dat Chevron niet aan haar re-integratie-inspanningen heeft voldaan. Chevron biedt daarop werknemer tijdelijk vervangende werkzaamheden aan. Werknemer vraagt een derde deskundigenoordeel aan. Kunnen de vervangende werkzaamheden als passende arbeid worden gekwalificeerd? Op 26 augustus 2021 oordeelt het UWV wederom dat Chevron onvoldoende meewerkt aan de re-integratie van werknemer. Op 27 september 2021 meldt werknemer zich hersteld. Een dag later heeft Chevron opnieuw een ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische gronden ingediend en op 11 oktober 2021 wordt werknemer door Chevron op non-actief gesteld. De ontslagaanvraag bij het UWV is nog in behandeling. Werknemer vordert opheffing van de op non-actiefstelling door hem de bedongen arbeid en/of passende arbeid te laten verrichten.

Oordeel

De voorzieningenrechter oordeelt dat het kerngeschil neerkomt op de vraag of de functie van werknemer is vervallen. De beantwoording van die vraag leent zich niet voor een procedure in kort geding, waarbij de voorzieningenrechter verwijst naar het UWV, waar de vraag in het kader van de ontslagaanvraag ter beantwoording voorligt. De vordering tot opheffing van de op non-actiefstelling dient te worden getoetst aan de norm van het goed werkgeverschap ex

artikel 7:611 BW. Ter zitting hebben partijen informatie verstrekt over de functie en werkzaamheden die werknemer verrichtte voorafgaand aan de periode van arbeidsongeschiktheid en dat Chevron deze werkzaamheden heeft ondergebracht bij twee andere medewerkers. Voor wat betreft de passende arbeid stelt de voorzieningenrechter dat werknemer geenszins heeft onderbouwd dat er binnen Chevron passende arbeid voorhanden is. Op grond van die informatie in samenhang met de uitkomst van de nog lopende ontslagvergunningsprocedure worden de vorderingen van werknemer afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:11826

Zaaknummer: 9510418\VV EXPL 21-459

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: L.H. Haarsma en E.J.A. Franssen

Wetsartikelen: 254 lid Rv en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Het lopen met een orderbriefje bracht niet anders mee dan dat werknemer over de vloer moest lopen op een wijze die bij eenieder in het dagelijks leven kan voorkomen. Werkgever hoefde in dat kader geen nadere (veiligheids)maatregelen te treffen.

Feiten

Werknemer is op 23 juni 2015 bij werkgever in dienst getreden. Op 17 juli 2015 liep werknemer in het magazijn van werkgever en is daar ten val gekomen. Werknemer heeft daarbij de heupkom/-kop gebroken. Op 20 november 2015 heeft de Inspectie SZW een melding gekregen van het ongeval dat werknemer op 17 juli 2015 is overkomen. De Inspectie SZW heeft geen onderzoek ingesteld. Op 15 juli 2016 is een revisieoperatie aan de heup van werknemer uitgevoerd. Daarna heeft werknemer niet meer kunnen werken. Hij is volledig arbeidsongeschikt en ontvangt een WIA-uitkering. Werknemer heeft een verklaring voor recht gevorderd dat werkgever aansprakelijk is voor het ongeval en de daaruit voortvloeiende schade. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Werknemer komt tegen het vonnis in hoger beroep.

Oordeel

Vast staat dat werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De toedracht van de val staat echter niet vast. Werkgever zal om die reden moeten aantonen dat is voldaan aan de zorgplicht ten aanzien van de vloer. Het hof gaat uit van de volgende omstandigheden: (1) er is een risico-inventarisatie en evaluatie (RI&E); (2) de aard van de werkzaamheden op het moment van het ongeval – lopen met een orderbriefje – bracht niet anders mee dan dat werknemer over de vloer moest lopen op een wijze die bij eenieder in het dagelijks leven kan voorkomen; (3) voor deze werkzaamheden is het niet nodig dat werknemer werd ingewerkt of dat aan hem instructies werden gegeven; (4) werkgever heeft met werknemer het dragen van veiligheidsschoenen bij het begin van de werkzaamheden besproken en werknemer had deze schoenen aan ten tijde van het ongeval; (5) werknemer heeft pas ongeveer vier maanden na het ongeval voor het eerst gesproken over de mogelijke aanwezigheid van olie onder zijn schoenen. Het hof overweegt dat het onder deze omstandigheden niet nodig was om andere maatregelen te treffen dan die welke werkgever heeft getroffen. Werkgever heeft voldaan aan zijnzorgplicht. De vonnissen van de rechtbank worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:3717

Zaaknummer: 200.282.326_01

Rechters: H.K.N. Vos, O.G.H. Milar en A. van Zanten-Baris

Advocaten: G.J.L.F.M. Schakenraad en S.T. Könning

Wetsartikelen: 7:658 BW, 9 Arbeidsomstandighedenwet 1999 en 24 Arbeidsomstandighedenwet 1999

RECHTSPRAAK

De (vriendschappelijke) verhouding tussen partijen en het ontbreken van specifieke afspraken over de invulling van de werkzaamheden wijzen er niet op dat Y zich bevond in een met werknemer vergelijkbare positie. Geen beoordeling aan de hand van artikel 7:658 lid 4 BW.

Feiten

X is een eenmanszaak en heeft geen personeel in dienst. Achmea is de aansprakelijkheidsverzekeraar van X. Op 17 februari 2015 is Y een ongeval overkomen terwijl zij deelnam aan een reis op een zeilschip van X. Y heeft bij het ongeval een traumatische dwarslaesie opgelopen. Bij exploit van 10 februari 2017 heeft Y X aansprakelijk gesteld voor de schade en gevolgen van het ongeval op het zeilschip van X. Bij e-mail van 15 februari 2017 heeft Achmea de aansprakelijkheid afgewezen. Bij exploit van 14 december 2018 is de eventuele toepasselijke verjaringstermijn gestuit. Y heeft de aansprakelijkheid bij brieven van 22 maart 2019 en 31 januari 2020 herhaald, waarop door Achmea afwijzend is gereageerd. Y vordert een verklaring voor recht dat X aansprakelijk is voor de schade die zij heeft geleden door de gebeurtenis van 17 februari 2015.

Oordeel

Partijen twisten over de vraag of de aansprakelijkheid moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 7:658 lid 4 BW, omdat Y zich in een met een werknemer vergelijkbare positie bevond tijdens de zeilreis, zoals Y stelt, of dat sprake is van een overeenkomst van personenvervoer over zee, zoals X stelt, in welk geval aansprakelijkheid moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 8:504 lid 5 BW. Tussen partijen staat vast dat Y deelnam aan de zeilreis in het kader van een door partijen zo genoemde “wederdienstachtige situatie”. Afsproken is dat Y in februari 2015 tegen kost en inwoning meeding met een reeds geplande zeilreis en dat zij als tegenprestatie een promotiefilm zou maken voor X. Naar het oordeel van de kantonrechter lenen de omstandigheden van dit geval zich niet voor toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW. Het maken van een promotiefilm ligt niet binnen de reikwijdte van de door X geëxploiteerde activiteiten. Verder kan niet gezegd worden dat sprake was van een situatie waarin X invloed had op de werkomstandigheden van Y en daarmee verband houdende veiligheidsrisico's. De feitelijke (vriendschappelijke) verhouding tussen partijen en het – behalve elkaar verlenen van een wederdienst – ontbreken van specifieke afspraken over de invulling van de filmwerkzaamheden wijzen er niet op dat Y zich bevond in een met een werknemer vergelijkbare positie. Aldus zal moeten worden beoordeeld of het incident dat het

letsel van Y heeft veroorzaakt is te wijten aan de schuld of de nalatigheid van X als schipper (art. 8:504 lid 5 BW). De kantonrechter is in dat kader, behoudens te leveren tegenbewijs, van oordeel dat het incident dat het letsel heeft veroorzaakt is te wijten aan schuld of nalatigheid van X als vervoerder, nu X geen andere koers is gaan varen om te hoge golven te omzeilen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-10-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:6900

Zaaknummer: 8497390 CV EXPL 20-8103

Rechters: F.J. Lourens

Advocaten: M. Zwagerman en E. Bos-Van den Berg

Wetsartikelen: 7:658 lid 4 BW, 8:504 BW, 6:170 BW, 6:162 BW en 7:942 BW

RECHTSPRAAK

Handelen in strijd met het huishoudelijk reglement door werknemer omdat hij één keer op de speelautomaat van werkgeefster heeft gespeeld en zijn (ex-)vriendin niet direct heeft weggestuurd ondanks een toegangsverbod, levert geen dringende reden op.*Feiten*

Werknemer is sinds 13 juni 1999 in dienst van werkgeefster. In januari 2015 is er in de zaak van werkgeefster een incident geweest met de toenmalige vriendin van werknemer, waarna haar een verbod is opgelegd het café te betreden. In het café hangen verschillende camera's, waarvan X op zijn mobiele telefoon beelden ontvangt. Bij brief van 8 augustus 2017 is werknemer op non-actief gesteld omdat volgens X op camerabeelden was geconstateerd dat werknemer harddrugs voor handen had en deze wellicht ook verhandelde. Verder was volgens werkgeefster sprake van overmatig alcoholgebruik door werknemer in zijn vrije tijd, wat invloed had op zijn functioneren. In januari 2018 heeft werkgeefster een huishoudelijk reglement opgesteld, waarin onder andere bepalingen zijn opgenomen over alcohol en harddrugsgebruik en gokken. Werkgeefster is vanwege corona van 16 maart tot 1 juni 2020 gesloten geweest. Bij brief d.d. 8 juli 2020 heeft X aan werknemer geschreven dat hij alweer meerdere overtredingen van het huishoudelijk reglement heeft geconstateerd. Bovendien zou werknemer zijn vriendin hebben toegelaten tot het café. Werknemer is uitgenodigd voor een gesprek in het kader van hoor en wederhoor. Tijdens dat gesprek is werknemer op staande voet ontslagen, hetgeen per e-mail van 15 juli 2020 is bevestigd. Werknemer heeft verzocht om betaling van een billijke vergoeding en transitievergoeding. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is en de vorderingen (gedeeltelijk) toegewezen. Beide partijen komen tegen de beschikking op.

Oordeel

Uit een Whatsappbericht van 1 januari 2018 blijkt dat X werknemer heeft gemeld dat hij het huishoudelijk reglement moest tekenen. Het hof is van oordeel dat daaruit volgt dat werknemer het reglement kende en wist dat hij zich daaraan diende te houden. Het hof is van oordeel dat van de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde redenen werknemer alleen kan worden verweten dat hij in strijd met het huishoudelijk reglement één keer op de speelautomaat van werkgeefster heeft gespeeld en dat hij zijn (ex-)vriendin niet direct heeft weggestuurd. Gelet op de aard en ernst van deze verwijten en de duur van het dienstverband van werknemer levert dit naar het oordeel van het hof geen dringende reden op die het ontslag op staande voet kan rechtvaardigen. Het ontslag op staande voet is daarom niet rechtsgeldig.

Vergoedingen

Bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding is het hof van oordeel dat er gronden zouden zijn geweest de arbeidsovereenkomst te ontbinden, wanneer werkgeefster daarom ten tijde van het verleende ontslag op staande voet zou hebben verzocht. Het hof sluit aan bij het oordeel van de rechter dat de arbeidsovereenkomst nog ongeveer vijfenhalve maand zou hebben voortgeduurd. Het hof ziet echter aanleiding om de vergoeding te matigen, omdat aannemelijk is dat werkgeefster heeft geleden onder de coronacrisis. Er wordt een vergoeding van € 7.500 toegekend. Ook de vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de transitievergoeding worden toegekend.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3872

Zaaknummer: 200.290.494/01

Rechters: I.A. Haanappel-van der Burg, G.C. Boot en K.G.F. van der Kraats

Advocaten: P.C. Snijders en S. Besli

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Internationaal vrachtwagenchauffeur maakt structureel overuren waardoor de vergoeding hiervan een wezenlijk onderdeel is geworden van het maandsalaris en derhalve moet worden meegerekend bij de vaststelling van de hoogte van het loon tijdens zijn vakantie.*Feiten*

Werknemer is op 24 april 1996 bij Automotive in dienst getreden in de functie van chauffeur. Tussen partijen bestond tot en met 31 juli 2020 een arbeidsovereenkomst voor 40 uur per week. Het laatstverdiende salaris van werknemer bedroeg € 2.891,55 bruto per maand, waaronder een onregelmatigheidstoeslag en een vergoeding voor overuren. Op de arbeidsovereenkomst is de algemeen verbindend verklaarde cao voor het Beroepsgoederenvervoer van toepassing. Bij brief van 26 februari 2019 heeft Automotive haar werknemers geïnformeerd over de gesprekken die cao-partijen hebben gevoerd over de waarde van de vakantiedagen. Die hebben geleid tot een gewijzigde bepaling in de cao ten aanzien van de waarde van (boven)wettelijke vakantiedagen. De brief van 26 februari 2019 aan werknemer bevat het voorstel dat hij € 750 bruto ontvangt indien hij de in de brief opgenomen verklaring ondertekent waarmee hij afstand doet van zijn 'eventuele rechten op onvoldoende betaald vakantieloon tot 1 januari 2019'. Werknemer heeft deze verklaring niet ondertekend en op 11 maart 2019 aan Automotive geschreven dat hij geen gebruik wenst te maken van het voorstel, omdat hij een veel groter financieel belang heeft dan het voorgestelde afkoopbedrag van € 750. In eerste aanleg vorderde werknemer Automotive te veroordelen tot betaling van € 12.442,51 bruto aan werknemer aan achterstallig salaris over het in de periode 2014 tot en met 2018 genoten verlof. Daartoe heeft werknemer onder meer aangevoerd dat hij in de periode 2014-2018 structureel een vergoeding voor overuren, onregelmatigheids- en overurentoeslagen heeft ontvangen en dat die tijdens zijn vakantie doorbetaald hadden moeten worden. De kantonrechter heeft het over de periode 2014-2018 gevorderde bedrag van € 12.442,51 bruto toegewezen. In hoger beroep concludeert Automotive tot vernietiging van het vonnis en tot het alsnog afwijzen van de vordering van werknemer.

*Oordeel**Uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen van werknemer*

Het hof zet allereerst het Europeesrechtelijk kader ten aanzien van overuren in relatie tot loon tijdens vakantie uiteen. Vervolgens heeft werknemer aangevoerd dat het werk van een internationaal vrachtwagenchauffeur bij Automotive met zich meebracht dat overuren werden

gemaakt en dat hij altijd circa 40 procent extra boven op zijn salaris heeft bijverdiend met overuren. Automotive heeft betwist dat werknemer verplicht was om overuren te maken; volgens haar zijn de overuren vrijwillig gemaakt. Uit hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, vloeit voort dat de bedrijfsvoering van Automotive uitgaat van het maken van overuren door internationale chauffeurs. Automotive heeft niet betwist dat de planning van de ritten krap was en dat die automatisch met zich meebracht dat werknemer overuren maakte en heeft bevestigd dat het voor de planning van ritten en het voorkomen van gaten in het rooster nodig was dat ritten moesten worden afgemaakt, waardoor chauffeurs overuren maakten. Automotive heeft werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst als chauffeur voor internationale ritten ingeroosterd op een wijze die hem noodzaakte over te werken. Indien werknemer na 8 uur op een dag of na 40 uur in een week nog een rit in zijn rooster had staan, dan werd van hem in het kader van zijn arbeidsovereenkomst verwacht dat hij de ritten afrondde en stond het hem in die zin niet vrij te stoppen met zijn werkzaamheden of naar huis te gaan. Daarmee is het verrichten van overwerk onderdeel geworden van de verbintenissen die voor Automotive als werkgever en werknemer als werknemer uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien.

Overuren op regelmatige basis/intrinsieke samenhang

De kantonrechter heeft overwogen dat de door werknemer gemaakte overuren rechtstreeks verband hielden met de uitoefening van zijn functie als chauffeur, dat werknemer in de periode 2014-2018 structureel overuren heeft gemaakt en dat de vergoeding hiervan een wezenlijk onderdeel vormde van het maandsalaris van werknemer. Voor zover Automotive met haar verweer dat doorwerken als gevolg van geplande ritten incidenteel en niet structureel voorkomt een grief heeft gericht tegen het oordeel dat de overuren structureel (en dus op regelmatige basis) zijn gemaakt, gaat het hof daaraan voorbij. Tussen partijen is niet in geschil dat het in het internationaal beroepsgoederenvervoer gebruikelijk is dat internationale chauffeurs veel overuren maken en dat werknemer in de periode 2014-2018 ook overuren maakte. Volgens werknemer blijkt uit de rit- en urenstaten dat hij dagelijks heeft overgewerkt en blijkt uit zijn loonstroken dat dit structureel het geval was. Automotive heeft dit niet, althans onvoldoende gemotiveerd weersproken. Uit het voorgaande volgt dat van werknemer als chauffeur bij Automotive werd gevergd dat hij op regelmatige basis overuren maakte en daarvoor een vergoeding heeft ontvangen die een belangrijk onderdeel vormde van zijn totale loon. Dit betekent dat de vergoeding voor overuren moet worden meegeteld voor het loon tijdens zijn vakantie. Dat het meetellen van de vergoeding voor zijn overuren voor het loon tijdens de vakantie voor Automotive tot een onaanvaardbaar resultaat leidt, heeft werknemer betwist en heeft Automotive naar het oordeel van het hof onvoldoende (nader) onderbouwd. De slotsom is dat geen van de grieven slaagt en het hof de bestreden vonnissen bekrachtigt.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:3715

Zaaknummer: 200.279.796_01

Rechters: M.E. Smorenburg, A.L. Bervoets en D.J.B. de Wolff

Advocaten: A. Oomen en R.H.G. Evers

Wetsartikelen: 7:639 BW en 7:645 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer heeft geen recht op vakantietoeslag over ploegentoeslag nu werkgever bij cao rechtsgeldig is afgeweken van artikel 15 WML. Ploegentoeslag is conform de cao geen gegarandeerde vaste toeslag, omdat de hoogte ervan variabel is.

Feiten

Werknemer is sinds 1 september 1986 werkzaam bij KLM in de functie van TUG Driver voor een brutomaandsalaris van € 2.941,84 exclusief emolumenten, waaronder een maandelijkse ploegentoeslag van laatstelijk € 749,86 bruto. Op de arbeidsovereenkomst is de Cao KLM Grondpersoneel van toepassing verklaard. Werknemer werkt volgens een basisrooster in ploegendienst. Op basis van Bijlage 3D van de cao heeft hij recht op een maandelijkse ploegentoeslag. Deze ploegentoeslag wordt berekend aan de hand van het basisrooster. Dit basisrooster kan (een aantal keer per jaar) veranderen. In de cao's over de periode mei 2015 tot april 2019 is in artikel 10.3 lid 2 de volgende bepaling opgenomen met betrekking tot de berekening van het vakantiegeld: 'Werknemers (...) ontvangen een vakantie uitkering van 8% over het in de periode 1 juni van het voorafgaande kalenderjaar tot en met 31 mei van het lopende kalenderjaar ontvangen salaris of ziekengeld/uitkering volgens Bijlage 7. Voor de berekening van de vakantie-uitkering wordt onder salaris mede begrepen de gegarandeerde vaste toeslagen'. Per 1 juni 2019 is de cao gewijzigd waardoor KLM vanaf die datum vakantiebijslag over de ploegentoeslag is verschuldigd. Werknemer vordert dat KLM wordt veroordeeld tot betaling aan hem van een bedrag van € 2.771,79 bruto aan achterstallige vakantiebijslag over de periode mei 2015 tot april 2019.

Oordeel

KLM is in de cao rechtsgeldig afgeweken van het wettelijk recht op vakantiebijslag

Op grond van artikel 15 lid 1 WML heeft een werknemer recht op minimumvakantiebijslag van 8% van zijn loon. Bij cao kan worden bepaald dat geen of een lager bedrag aan vakantiebijslag verschuldigd is. De som van loon en vakantiebijslag mag echter niet lager zijn dan 108% van het minimumloon (art. 16 lid 1 WML). In artikel 6 WML is als loon gedefinieerd: geldelijke inkomsten uit hoofde van de dienstbetrekking waarvan een aantal met name genoemde categorieën inkomsten zijn uitgezonderd. Vaststaat dat KLM in de cao van de afwijkingsmogelijkheid van artikel 16 lid 1 WML gebruik heeft gemaakt door in artikel 10.3 lid 2 van de cao vast te leggen over welke looncomponenten vakantiebijslag wordt betaald, namelijk 8% van het salaris waarbij onder 'salaris' mede wordt begrepen 'de gegarandeerde

vaste toeslagen'. Volgens werknemer is deze afwijking niet rechtsgeldig, omdat KLM hiermee afwijkt van het loonbegrip van artikel 6 WML. Anders dan werknemer ziet de kantonrechter niet in waarom de afwijking niet rechtsgeldig zou zijn. Artikel 16 WML stelt als vereisten voor afwijking van de hoofdregel dat de afwijking bij cao plaatsvindt en dat aan lid 2 (de bodem in de vakantiebijslag) wordt voldaan. Daarvan is in de voorliggende situatie sprake. Met KLM is de kantonrechter van oordeel dat de stelling van werknemer dat bij cao niet kan worden bepaald over welke looncomponenten vakantiebijslag wordt betaald geen steun vindt in het recht.

Ploegentoeslag is geen salaris

Omdat volgens artikel 10.3 lid 2 van de cao vakantiebijslag verschuldigd is over het salaris en gegarandeerde vaste toeslagen moet worden beoordeeld of ploegentoeslag kan worden aangemerkt als salaris of een gegarandeerde vaste toeslag. Met KLM is de kantonrechter van oordeel dat ploegentoeslag niet valt onder 'salaris' in de zin van de cao. Artikel 1.15 van de cao verwijst voor het begrip salaris naar de bijlage Salarisregelingen, waarin de salarishuizen zijn vastgelegd. In de salarishuizen zijn bedragen behorend bij schalen en treden genoemd. Ploegentoeslag komt in geen van deze stukken aan de orde.

Ploegentoeslag is geen gegarandeerde vaste toeslag

Werknemer stelt dat hij altijd in een basisrooster én ploegendienst zijn werkzaamheden heeft verricht ('vast rooster') en dat hij daardoor 'automatisch' (en dus gegarandeerd) recht heeft op de daarbij behorende vaste (ploegen)toeslag. KLM voert hiertegenover aan dat het bij de vaste ploegentoeslag van werknemer juist gaat om een variabele toeslag waarvan de hoogte afhangt van wisselende factoren, waaronder de vraag of een werknemer die ingeroosterd is in een basisrooster en vervolgens de vraag welk specifieke basisrooster op een werknemer in een bepaalde periode van toepassing is. Zo kan de hoogte van deze toeslag verschillen door algemene oorzaken als een nieuwe dienstregeling of verandering van bedrijfsdrukke of specifieke oorzaken als arbeidsongeschiktheid. Hierdoor is geen sprake van een gegarandeerde toeslag, aldus KLM. Daarbij wijst KLM op de tekst van artikel 10.14 van de cao over de Jubileumuitkering waarin onder meer wordt bepaald: 'Onder het gegarandeerde vaste inkomen wordt verstaan het salaris (incl. gegarandeerde vaste toeslagen), de vakantie- en eindejaarsuitkering en de eventuele vaste ploegen- of overbruggingstoeslag'. De kantonrechter is van oordeel dat het standpunt van KLM – dat de cao aldus dient te worden uitgelegd en begrepen dat de vaste ploegentoeslag niet als een gegarandeerde vaste toeslag dient te worden verstaan – toereikende ondersteuning vindt in de zojuist weergegeven definitiebepaling in artikel 10.14 van de cao, in samenhang met de kennelijke afhankelijkheid van de hoogte van de ploegentoeslag van de telkens (mogelijk) wisselende inroostering van de werknemer in het basisrooster naast het gegeven dat er meerdere toeslagen bestaan die (wél) een gegarandeerd karakter hebben (en dus ook een vaste omvang of hoogte). Het voorgaande betekent dat werknemer vergeefs klaagt dat de door hem (gemiddeld) ontvangen ploegentoeslag voor 1 juni 2019 niet is betrokken bij de berekening van de hem toekomende vakantiebijslag. De conclusie is dat de kantonrechter de vorderingen van werknemer afwijst.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 03-11-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:11486

Zaaknummer: 8999907 CV EXPL 21 714

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: L.H.J.M. Endevoets en J.M. van Slooten

Wetsartikelen: 6 WML, 15 WML en 16 WML

RECHTSPRAAK

Werkgever maakt van schoonmaakwerkzaamheden zijn nevenberoep en is derhalve verplicht de cao schoonmaak toe te passen op kamermeisje. Toewijzing vordering tot betaling van achterstallig loon.*Feiten*

Werkneemster is op 6 januari 2009 bij Fassi in dienst getreden. In de arbeidsovereenkomst is vermeld dat de functie van werkneemster kamermeisje is en dat haar werkzaamheden onder meer bestaan uit schoonmaakonderhoud van hotelkamers. Daarnaast is in de arbeidsovereenkomst bepaald dat de cao horeca van toepassing is. Fassi en werkneemster hebben een beëindigingsovereenkomst ondertekend d.d. 1 juni 2018. In die overeenkomst is bepaald dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt met ingang van 1 augustus 2018. Tevens is in de beëindigingsovereenkomst een finalekwijtingsbeding opgenomen. Per brief van 29 januari 2019 heeft werkneemster aan Fassi geschreven dat Fassi door de jaren heen te weinig loon aan werkneemster heeft betaald, omdat ten onrechte niet de cao voor de schoonmaak en het glazenwassersbedrijf, maar de cao horeca is toegepast. In eerste aanleg heeft werkneemster gevorderd dat Fassi veroordeeld zal worden om het achterstallige salaris ter hoogte van € 23.074,61 bruto te betalen. De kantonrechter heeft de vordering van werkneemster toegewezen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Fassi met haar grieven op.

*Oordeel**Finale kwijting*

Met grief 1 komt Fassi op tegen het oordeel van de kantonrechter dat het finalekwijtingsbeding in de tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat de vordering die door werkneemster is ingesteld, daar niet onder valt. Het hof oordeelt dat bepalingen in de beëindigingsovereenkomst, waaronder de finalekwijtingsbepaling, moeten worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Als gezichtspunten bij de uitleg van finalekwijtingsbepalingen zijn relevant geacht de vragen of de kwestie bij beide partijen bekend was, of de kwestie ter sprake is geweest bij de beëindigingsonderhandelingen en of de partijen over de kwestie al eerder overeenstemming hadden bereikt. Tussen partijen staat vast dat ten tijde van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst de kwestie over mogelijke toepasselijkheid van de cao schoonmaak niet aan werkneemster bekend was. Er hebben geen beëindigingsonderhandelingen plaatsgevonden en partijen hebben over de kwestie niet eerder

overeenstemming bereikt. De kwestie over toepasselijkheid van de cao schoonmaak is derhalve niet in de finale kwijting verdisconteerd.

Toepasselijke cao

Met grief 2 komt Fassi op tegen het oordeel van de kantonrechter dat de cao schoonmaak van toepassing is. Het hof oordeelt dat de vraag naar de toepasselijke cao dient te worden beantwoord aan de hand van uitleg van de werkingssfeerbepalingen van de verschillende cao's. De uitleg van werkingssfeerbepalingen dient plaats te vinden aan de hand van de zogenoemde cao-norm. Fassi past de cao horeca toe en werkneemster vordert naleving van de cao schoonmaak vanaf 1 januari 2014 tot 31 juli 2019. De cao horeca is alleen gedurende de periode van 26 juni 2018 tot 31 december 2019 algemeen verbindend verklaard. De werkingssfeerbepaling van de cao horeca 2018/2019 is gelijklopend aan de werkingssfeerbepaling van de cao horeca 2020/2021. De kantonrechter heeft vastgesteld dat de cao schoonmaak steeds algemeen verbindend is verklaard en daar is niet tegen gegriefd, zodat het hof geen aanleiding ziet hieromtrent tot een ander oordeel te komen. In de cao schoonmaak 2019/2021 is een cao-deel voor hotels opgenomen. De werkingssfeerbepaling van de cao schoonmaak 2014/2016 is gelijklopend aan de werkingssfeerbepaling van de cao schoonmaak 2019/2021 en deze cao kende tevens een cao-deel voor hotels. Dit geldt ook voor de cao schoonmaak 2017/2018.

Gelet op de werkingssfeerbepaling van de cao horeca wordt deze niet toegepast voor de onderneming waarvoor een andere cao geldt. Gelet op de werkingssfeerbepaling van de cao schoonmaak is voor de beantwoording van de vraag of deze cao van toepassing is van belang of Fassi haar hoofd- of nevenberoep maakt van schoonmaken. Blijkens het uittreksel van de Kamer van Koophandel met betrekking tot Fassi van 12 maart 2019 houdt Fassi zich bezig met eventcatering, interieurreiniging van gebouwen, het verlenen van horecadiensten en schoonmaakwerkzaamheden. Fassi heeft dat bevestigd, maar daarbij aangegeven dat de nadruk meer ligt op het verrichten van horecawerkzaamheden dan schoonmaakwerkzaamheden, die slechts een klein onderdeel vormen van de diensten die Fassi levert. Volgens Fassi bestaan haar werkzaamheden met name uit het verlenen van horecadiensten, waarbij de opdrachtgevers enkel en alleen grote hotels zijn. Hiermee is komen vast te staan dat Fassi in ieder geval haar nevenberoep maakt van het op een door de opdrachtgever bepaalde locatie regelmatig of eenmalig schoonmaken in gebouwen. Daar komt bij dat tussen partijen vaststaat dat werkneemster werkzaam was als kamermeisje en zich uit dien hoofde bezighield met schoonmaakonderhoud van hotelkamers. De cao schoonmaak bevat een aparte regeling voor de schoonmaak in hotels, waarbij artikel 1 lid 2 bepaalt dat het algemene deel van de cao schoonmaak onverkort van toepassing is wanneer voor de werkneemsters geen andere regeling geldt. Hiermee is de cao schoonmaak onverkort op werkneemster van toepassing en is de cao horeca niet van toepassing. Fassi dient derhalve de cao schoonmaak toe te passen. Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-12-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3871

Zaaknummer: 200.288.137/01

Rechters: R.J.M. Smit, G.C. Boot en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: M. Amrani en E.A.M. Heidstra

Wetsartikelen: 7:670b BW, 9 WCAO, 12 WCAO en 13 WCAO