

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 7, 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

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:113](#) 11-02-2021

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2021:107](#) 11-02-2021

Katoen Natie Bulk Terminals NV/Belgische Staat

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:392](#) 16-02-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:336](#) 02-02-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:106](#) 02-02-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:197](#) 26-01-2021

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2021:27](#) 12-01-2021

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:385](#) 05-02-2021

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:367](#) 05-02-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:952](#) 05-02-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:921](#) 03-02-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:861](#) 03-02-2021

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:215](#) 01-02-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:1114](#) 29-01-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:1037](#) 29-01-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:1113](#) 27-01-2021

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:542](#) 26-01-2021

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:544](#) 13-01-2021

Annotatie

De holistische weging in optima forma en de rol van ondernemerschap

mr. dr. J.H. Bennaars

ANNOTATIE

De holistische weging in optima forma en de rol van ondernemerschap

mr. dr. J.H. Bennaars

Op 16 februari jl. heeft het hof Amsterdam zijn langverwachte uitspraak over de kwalificatie van de rechtsverhouding van Deliveroo-bezorgers gedaan. De uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198 (*FNV/Deliveroo*) wordt bekrachtigd, ook het hof is van oordeel dat maaltijdbezorgers werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Het hof komt tot deze conclusie na holistische weging van alle feiten en omstandigheden waarbij uitsluitend de vrijheid die bezorgers hebben ten aanzien van het wel of niet werken wijst op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst (r.o. 3.12.1 jo. 3.7.4 en 3.7.8). Alle andere feiten en omstandigheden wijzen op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst of zijn onvoldoende onderscheidend, zoals bijvoorbeeld het geven van aanwijzingen (r.o. 3.9.2 en 3.9.3). In deze annotatie besteed ik aandacht aan drie aspecten. In de eerste plaats heeft het hof te maken met nieuwe omstandigheden doordat de werkwijze en contracten zijn gewijzigd en ook HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*) een rol speelt. Ten tweede betreft het hof de afwezigheid van ondernemerschap in civiele beoordeling van de arbeidsrelatie. Ten slotte ga ik in op de rol die het hof toedicht aan de vraag of maaltijdbezorging al dan niet behoort tot de kernarbeid van Deliveroo. De uitspraak bevat nog vele andere interessante aspecten die een verdere bespreking buiten het kader van een annotatie verdienen.

(1) Nieuwe elementen

De behandeling van de appèlzaak liep vertraging op doordat de geplande mondelinge behandeling in het voorjaar van 2020 vanwege de COVID-19-maatregelen niet door kon gaan. Uiteindelijk vond de mondelinge behandeling plaats op 11 september 2020. Nog voordat het hof arrest kon wijzen, kwam de Hoge Raad met het arrest van 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*) over de rol van de partijbedoeling bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Partijen hebben zich hier nog over kunnen uitlaten. Het heeft ertoe geleid dat het hele debat in eerste aanleg en in de processtukken in appèl over de partijbedoeling ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst door het hof buiten beschouwing wordt gelaten (r.o. 3.4 en 3.5). Dat lijkt mij juist. Het hof benadrukt dat het arrest *Groen/Schoevers* (HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495) voor het overige niet verlaten is en dat nog een ‘alle omstandigheden-toets’ moet plaatsvinden. Ook geeft het hof verdere invulling aan de in *Groen/Schoevers* genoemde maatschappelijke positie van partijen:

onder die noemer lijkt de afwezigheid van ondernemerschap te worden meegewogen (r.o. 3.9.12), zie hierover paragraaf 2 hierna.

Opvallend is dat in de uitspraak geen aandacht wordt besteed aan de uitspraak van het Hof van Justitie van 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288 waarin het HvJ EU oordeelt dat een Britse pakketbezorger die via een app wordt aangestuurd geen 'worker' naar Engels recht is.

Niet alleen het recht is gewijzigd, ook de feiten. Sinds de dagvaarding in eerste aanleg (27 juni 2018) zijn er wijzigingen geweest in de contracten die worden gebruikt en in de werkwijze (zie r.o. 3.4). Een belangrijke wijziging is de vervanging van het *SBB*-systeem door het *Free login*-systeem (r.o. 2.5) per maart 2020. In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat het *SBB*-systeem waarbij bezorgers op voorhand bezorgslots konden reserveren en geprikkeld werden om op voor Deliveroo gunstige tijden te werken (zie r.o. 32 en 33 uitspraak eerste aanleg) bijdraagt aan het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Die praktijk is in maart 2020 vervangen door een systeem waarin alle bezorgers op elk gewenst moment kunnen inloggen. Dit levert volgens het hof een grotere vrijheid op om al dan niet te werken. Dit is volgens het hof een contra-indicatie is voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar weegt niet op tegen alle andere omstandigheden (zie r.o. 3.12.1 jo. 3.7.4 en 3.7.8). Ook overweegt het hof dat er onvoldoende redenen is om onderscheid te maken tussen de verschillende contractsvormen die zijn gehanteerd vanaf 2018, r.o. 3.12.2. Lees ik het goed, dan komt het hof tot het oordeel dat de wijzigingen elkaar enigszins in evenwicht houden en het totaalbeeld niet doen kantelen. Sterker nog, het hof overweegt zelfs dat de eenzijdige wijzigingen door Deliveroo van het contract en van de wijze waarop de werkzaamheden worden georganiseerd erop duiden dat het platformbedrijf gezag uitoefent over de bezorgers (r.o. 3.9.6).

Interessant is de procesrechtelijke vraag wat zou zijn gebeurd als de gewijzigde werkwijze wèl tot een ander oordeel zou hebben geleid. Het beoordelen van de nieuwe situatie kan niet zien op de periode waarover in eerste aanleg is geoordeeld, de periode van voor de wijziging. Ook leidt het meenemen van de situatie na maart 2020 in zekere zin tot een verlies van instantie omdat de nieuwe situatie dan maar eenmaal in feitelijke aanleg kan worden getoetst. Hieraan liggen naar ik aanneem keuzes van de procederende partij(en) ten grondslag.

(2) Het ondernemerschap in de kwalificatievraag

Het hof overweegt in r.o. 3.9.12 terecht dat in de civiele kwalificatie van de arbeidsrelatie geen betekenis wordt toegekend aan het zijn van ondernemer. Zoals onder paragraaf 1 hiervoor opgemerkt neemt het hof deze toets toch mee via de band van de maatschappelijke positie, hierbij duidelijk geïnspireerd door A-G De Bock in haar conclusie voor *X/Amsterdam* (randnrs. 9.74 en 9.75). Ook wijst het hof in r.o. 3.8.3 op de uitspraak *FNV KIEM* (HvJ EU van 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411) waarin het zijn van ondernemer een indicatie is voor het niet-zijn van werknemer. Omgekeerd kan het ontbreken van ondernemerschap een indicatie zijn voor werknemerschap, aldus het hof. Het hof wijst daarbij op de door Deliveroo verstrekte informatie dat 67% van de bezorgers geen btw afdraagt omdat er minder dan €

603,92 per maand wordt verdiend, waarmee de Belastingdienst de werkzaamheden als hobbymatig aanmerkt. Daar voegt het hof nog aan toe dat restaurants en klanten de bezorgers niet als zelfstandigen zien maar als onderdeel van Deliveroo, hetgeen nog wordt versterkt doordat klachten over bezorgers bij Deliveroo kunnen worden ingediend (r.o. 3.9.10). Ook dit wijst allemaal in de richting van een arbeidsovereenkomst. Het hof plaatst dit allemaal in de sleutel van 'in dienst van' waarbij steeds de invloed van Deliveroo op de wijze waarop gewerkt wordt betrokken.

Het binnentrekken van de toch meer fiscale kwalificatie ondernemer in de civiele kwalificatievraag past enerzijds binnen het steeds verder naar elkaar toegroeien van de civiele, fiscale en socialezekerheidsrechtelijke invulling van de definitie van de arbeidsovereenkomst (vgl. het *Gouden Kooi*-arrest). Daarnaast past het ook bij ons binaire stelsel waarin iemand het één of het ander is en geen als zodanige in de wet gedefinieerde tussenvorm is opgenomen. Anderzijds betekent de fiscale kwalificatie 'geen ondernemer' niet per definitie dat iemand in fiscale zin werknemer is. Dat hoeft geenszins. Dat zou juist weer pleiten tegen het meenemen van dit element. In het geheel van de holistische weging en de maatschappelijke positie vind ik de redenering van het hof goed te begrijpen, maar of dit in alle gevallen uitkomst biedt, is, gelet op het voorgaande, de vraag.

(3) Kernactiviteit

Bij de beoordeling van de vraag of de werkzaamheden 'in dienst van' Deliveroo worden verricht gaat het hof ook in op de vraag of het bezorgen van maaltijden kan worden gerekend tot de gewone bedrijfsactiviteit of de kernactiviteit van het platformbedrijf. Deliveroo heeft zich op het standpunt gesteld dat dat geen relevant aspect is voor de beoordeling van de arbeidsrelatie. Het hof oordeelt anders onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en het arrest *IVA/Queijssen* (HR 17 november 1978, *NJ* 1979, 140) waaruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat het verrichten van gewone bedrijfsarbeid kan duiden op een gezagsverhouding (r.o. 3.9.4). Ook hier put het hof duidelijk inspiratie uit de conclusie van A-G de Bock voor het meergenoemde arrest *X/Amsterdam*. Geheel in lijn met de *Uber*-arresten van het HvJ EU (10 april 2018, ECLI:EU:C:2018:221 en 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:981) komt het hof in r.o. 3.9.5 tot het oordeel dat geen sprake is van een IT-bedrijf zoals Deliveroo stelt, maar van een maaltijdbezorger. Dat ook nog andere activiteiten worden verricht doet daaraan niet af. Ook dit draagt bij aan het oordeel dat de bezorgers hun werkzaamheden 'in dienst van' het platformbedrijf uitoefenen.

Het hof hanteert dus met recht een zeer holistische weging. Dat kan worden gezien als een vergaande doelredenering of als een moderne toepassing van artikel 7:610 BW, afhankelijk van welke positie iemand inneemt in het platformdebat. Ik kan mij wel vinden in de redenering van het hof, de redenering past mijns inziens in de bestaande kwalificatierechtspraak en binnen artikel 7:610 BW.

(4) Tot slot

Ter afsluiting wijs ik nog op twee opvallende punten. Het hof vindt het weinig relevant dat

gewerkt wordt aan de hand van de Algemene modelovereenkomst 'geen werkgeversgezag' van de Belastingdienst (r.o. 3.11.4) en wijst erop dat de civiele en fiscale beoordeling niet noodzakelijkerwijs samenvallen. Dat klopt op zich wel, maar verhoudt zich dan toch weer wat moeizaam met het 'invaren' van het ondernemerschap in de holistische weging. Ten tweede blijkt uit het arrest dat het hof enige inspiratie heeft gezocht in buitenlandse rechtspraak. De waarde die het hof toekent aan de mogelijkheid van Deliveroo om via GPS de bezorger voortdurend te volgen en het effect dat dat heeft op de bezorger lijkt ontleend te zijn aan de uitspraak van de Franse Hoge Raad in de *Take Eat Easy*-zaak van 28 november 2018 (Cour de Cassation 2018 n° 17-20.079).

Deliveroo heeft aangekondigd cassatie in te stellen van de uitspraak. De Hoge Raad zal zich dan – onder meer – uit moeten spreken over de vraag of het betrekken van het ondernemerschap en de vraag of sprake is van 'kernactiviteiten' wel of niet betrokken moeten worden bij de beoordeling van de arbeidsrelatie. In het arrest *X/Amsterdam* is dat niet aan de orde geweest, ondanks de voorzet van A-G De Bock (randnrs. 9.71 en 9.74). Overigens valt dat goed te begrijpen gelet op de specifieke casus die daar voorlag (werkzaamheden in het kader van re-integratie-inspanningen van een IOAW-gerechtigde). Het arrest van het hof in de *Deliveroo*-zaak laat mijns inziens de Hoge Raad geen ruimte meer om deze (en andere) aspecten onbesproken te laten.

Of in de tussentijd deze uitspraak veel gevolgen heeft voor werkenden bij platformbedrijven of andere zzp'ers valt te bezien. Naar aanleiding van de uitspraak in eerste aanleg met dezelfde uitkomst is weinig verschoven. Mijn inschatting is dat de praktijk wacht op het verlossende woord van de Hoge Raad.

RECHTSPRAAK

Katoen Natie Bulk Terminals NV/Belgische Staat

Wettelijke regeling havenarbeid enkel door erkende havenarbeiders hoeft niet in strijd te zijn met EU-recht indien veiligheid nagestreefd doel is. Toetsing door administratieve commissie geschikt noch noodzakelijk om doel te bereiken.

Feiten

In België worden havenarbeiders op advies van een bij een betrokken havengebied partiair comité 'erkend' als zijnde havenarbeiders. De Commissie heeft België in 2014 een ingebrekestelling gestuurd, waarna de Belgische overheid enkele maatregelen heeft genomen om de arbeidsmarkt vrijer te maken. Verzoeksters komen in beroep tegen zeven maatregelen die zijn herbevestigd of toegevoegd die tekortschieten de ongeoorloofde vrijheidsbeperkingen inzake havenarbeid weg te werken. In essentie draait het om een belemmerende erkenningsprocedure waar elke havenarbeider aan is onderworpen en een machtspositie voor de lokale werkgevers- en werknemersverenigingen per havengebied die in stand gehouden wordt (mede door de zogenaamde Alfapass). Verzoeksters willen namelijk werknemers aannemen die geen traditionele havenarbeid verrichten maar verpakwerkzaamheden verrichten in een magazijn dat weliswaar op het haventerrein ligt maar niet is aangesloten op enige havenkade of haventerminal. Het feitencomplex in zaak C-471/19 is nagenoeg gelijk alleen behelst het hier bedrijven die werknemers aan willen nemen voor arbeid die niets te maken heeft met traditionele havenarbeid in de haven van Zeebrugge. In essentie wil de verwijzende rechter in zaak C-407/19 weten of de maatregelen die nog aangehouden worden een belemmering vormen voor het vrij verkeer (goederen, werknemers, vestiging). Per maatregel is een prejudiciële vraag gesteld. In zaak C-471/19 verzoekt de rechter in wezen of er alleen maar erkende havenarbeiders mogen worden aangenomen voor werk dat geen havenarbeid behelst, of dat deze regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging en artikelen 15 en 16 van het Handvest. Tot slot vraagt de rechter zich in zaak C-471/19 af of er een mogelijkheid bestaat tot tijdelijke handhaving van de huidige wetgeving om zo de rechtszekerheid te bewaren.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Waarborgen van veiligheid in de havengebieden en voorkomen van arbeidsongevallen vormen dwingende redenen van algemeen belang die een inbreuk op vrij verkeer rechtvaardigen

Het Hof stelt om te beginnen vast dat de onderzochte regeling inhoudt dat niet in België gevestigde ondernemingen die zich in deze lidstaat willen vestigen om er havenactiviteiten uit te voeren of die – zonder zich daar te vestigen – in dat land havendiensten willen verrichten, uitsluitend een beroep mogen doen op havenarbeiders die overeenkomstig deze regeling als zodanig zijn erkend, zodat die ondernemingen geen gebruik kunnen maken van hun eigen personeel en ook geen andere, niet-erkende arbeiders in dienst kunnen nemen. Bijgevolg vormt deze regeling, die het voor die ondernemingen minder aantrekkelijk kan maken om zich in België te vestigen of in deze lidstaat diensten te verrichten, een beperking van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, die respectievelijk door de artikelen 49 en 56 VWEU worden gewaarborgd. Het Hof herinnert eraan dat een dergelijke beperking kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, mits die beperking geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken. In dit geval is de onderzochte regeling volgens het Hof op zich niet ongeschikt of onevenredig om het ermee beoogde doel te bereiken, namelijk het waarborgen van de veiligheid in de havengebieden en het voorkomen van arbeidsongevallen. Op grond van een alomvattende beoordeling oordeelt het Hof dat die regeling verenigbaar is met de artikelen 49 en 56 VWEU indien de voorwaarden en bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld, zijn gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria op grond waarvan havenarbeiders uit andere lidstaten kunnen aantonen dat zij in hun land van herkomst voldoen aan eisen die gelijkwaardig zijn aan de eisen die gelden voor binnenlandse havenarbeiders, en er voorts niet wordt voorzien in een beperkte pool van arbeiders die voor erkenning in aanmerking kunnen komen.

Voorts onderzoekt het Hof de verenigbaarheid van het bestreden koninklijk besluit met de verschillende door het VWEU gewaarborgde vrijheden van verkeer en stelt het vast dat de nationale regeling ook een beperking vormt van het in artikel 45 VWEU neergelegde vrije verkeer van werknemers, aangezien die regeling een afschrikkende werking kan hebben op werkgevers en werknemers uit andere lidstaten. Vervolgens gaat het Hof na of de verschillende in die regeling vervatte maatregelen noodzakelijk zijn voor het doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen, en of zij evenredig zijn aan dit doel.

In dit verband is het Hof in de eerste plaats van oordeel dat de onderzochte regeling, die onder meer erin voorziet dat:

- de erkenning van havenarbeiders gebeurt door een administratieve commissie die paritair is samengesteld uit leden die door werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties zijn aangewezen;
- deze commissie, afhankelijk van de behoefte aan arbeidskrachten, ook bepaalt of de erkende arbeiders al dan niet moeten worden opgenomen in een pool van havenarbeiders, waarbij voor de niet in die pool opgenomen havenarbeiders de duur van de erkenning beperkt is tot de duur van hun arbeidsovereenkomst, zodat voor elke nieuwe overeenkomst die zij sluiten, een

nieuwe erkenningsprocedure moet worden gestart;

– er geen maximumtermijn is waarbinnen die commissie een besluit moet nemen,

niet verenigbaar is met de in de artikelen 45, 49 en 56 VWEU neergelegde vrijheden van verkeer, aangezien deze regeling noodzakelijk noch geschikt is om het beoogde doel te bereiken.

In de tweede plaats onderzoekt het Hof de voorwaarden voor de erkenning van havenarbeiders. Volgens de onderzochte regeling moet een werknemer, tenzij hij kan aantonen dat hij in een andere lidstaat voldoet aan gelijkwaardige voorwaarden, voldoen aan eisen inzake medische geschiktheid, slagen voor een psychologische test en een voorafgaande beroepsopleiding volgen. Volgens het Hof zijn deze eisen aan te merken als voorwaarden die geschikt zijn om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en zijn zij evenredig aan dat doel. Dergelijke maatregelen zijn dus verenigbaar met de vrijheden van verkeer van de artikelen 45, 49 en 56 VWEU. Het Hof is echter van oordeel dat het aan de verwijzende rechter staat om na te gaan of de taak die aan de werkgeversorganisatie, en eventueel aan de vakbonden van erkende havenarbeiders, is opgedragen bij de aanwijzing van de organen die met het verrichten van die onderzoeken, tests of proeven belast zijn, niet van dien aard is dat daardoor het transparante, objectieve en onpartijdige karakter van de onderzoeken, tests of proeven in twijfel kan worden getrokken.

In de derde plaats is het Hof van oordeel dat de onderzochte regeling, op grond waarvan een havenarbeider die overeenkomstig eerdere wettelijke regels is erkend, deze erkenning behoudt en wordt opgenomen in de pool van havenarbeiders, niet ongeschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en ook niet onevenredig is aan dat doel, zodat de regeling ook op dit punt verenigbaar is met de in de artikelen 45, 49 en 56 VWEU neergelegde vrijheden.

In de vierde plaats is het Hof van oordeel dat de onderzochte regeling, volgens welke voor de overgang van een havenarbeider naar de pool van werknemers van een ander havengebied dan dat waar hij is erkend, de bij collectieve arbeidsovereenkomst vastgestelde voorwaarden en bepalingen gelden, in overeenstemming is met de in de artikelen 45, 49 en 56 VWEU neergelegde vrijheden van verkeer. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze bij cao vastgestelde voorwaarden en bepalingen noodzakelijk zijn voor het doel om de veiligheid in elk havengebied te verzekeren, en evenredig zijn aan dit doel.

In de laatste plaats verklaart het Hof dat een regeling volgens welke logistieke werknemers in de havengebieden moeten beschikken over een 'veiligheidscertificaat' waarvan de wijze van afgifte bij cao is vastgesteld, niet onverenigbaar is met de in de artikelen 45, 49 en 56 VWEU neergelegde vrijheden, mits de voorwaarden voor de afgifte van dat certificaat noodzakelijk zijn voor het doel de veiligheid in de havengebieden te waarborgen, en evenredig zijn aan dit doel, en de procedure voor het verkrijgen ervan geen buitensporige en onevenredige

administratieve lasten met zich meebrengt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 11-02-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:107

Zaaknummer: C-407/19 en C-471/19

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

Wetsartikelen: VWEU art. 45, VWEU art. 49, VWEU art. 56, Hv art. 15 en Hv art. 16

RECHTSPRAAK

Van rechtswege voortzetting bestaande arbeidsovereenkomst, kwalificeert als ‘opvolgende arbeidsovereenkomst’. Grondwettelijk verbod conversie onbepaalde tijd na omzettingstermijn richtlijn kan door middel van richtlijnconforme uitleg terzijde worden geschoven*Feiten*

In 2015 zijn M.V. e.a. in dienst getreden van de gemeente Agios Nikolaos om reinigingsdiensten te verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst voor 8 maanden. Deze arbeidsovereenkomsten zijn steeds van rechtswege verlengd tot 2017. Werknemers hadden dienstverbanden van 24 tot 29 maanden. Zij stellen zich op het standpunt dat inmiddels sprake is van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. De verwijzende rechter vraagt zich af of een ‘van rechtswege voortzetting van de bestaande overeenkomst’ gelijkgesteld moet worden aan ‘opeenvolgende overeenkomsten’ in de zin van de richtlijn. Vervolgens vraag de verwijzende rechter of een grondwettelijk verbod op omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door richtlijnconforme uitleg terzijde kan worden gesteld.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten

In casu gaat het stricto sensu niet om een opeenvolging van twee of meerdere arbeidsovereenkomsten, wat veronderstelt dat formeel twee of meerdere afzonderlijke overeenkomsten worden gesloten die elkaar opvolgen. Het gaat meer bepaald om een uit wetgevingshandelingen resulterende automatische verlenging van een initiële overeenkomst voor bepaalde tijd. Onderzocht moet dus worden of deze situatie onder het begrip ‘opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd’ van clause 5, punt 1, van de raamovereenkomst valt. In dit verband blijkt uit vaste rechtspraak dat clause 5, punt 2, onder a van de raamovereenkomst het in beginsel aan de lidstaten en/of de sociale partners overlaat om te bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd worden beschouwd als ‘opeenvolgend’ (zie in die zin HvJ EU 22 januari 2020, C-177/18, ECLI:EU:C:2020:26 (*Baldonado Martín*), punt 71, en HvJ EU 19 maart 2020, gevoegde zaken C-103/18 en C-429/18, EU:C:2020:219 (*Sánchez Ruiz e.a.*), punt 57). Hoewel een dergelijke verwijzing naar de nationale autoriteiten met het oog op het definiëren van de concrete toepassingsvoorwaarden van het begrip ‘opeenvolgend’, in de zin van de raamovereenkomst, haar verklaring vindt in de wens om de verscheidenheid van de

desbetreffende nationale regelingen te bewaren, zij er toch aan herinnerd dat de aldus aan de lidstaten gelaten beoordelingsmarge grenzen kent, aangezien zij niet zo ruim kan zijn dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de doelstelling of het nuttig effect van de raamovereenkomst. In het bijzonder mogen nationale instanties hun beoordelingsvrijheid niet uitoefenen op een wijze die tot misbruik zou kunnen leiden en aldus tegen die doelstelling indruist (HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler e.a.*), punt 82, en HvJ EU 19 maart 2020, gevoegde zaken C-103/18 en C-429/18, ECLI:EU:C:2020:219 (*Sánchez Ruiz e.a.*), punt 58). De lidstaten zijn immers gehouden het door het Unierecht voorgeschreven resultaat te waarborgen, zoals niet alleen uit artikel 288, derde alinea, VWEU blijkt, maar ook uit artikel 2, eerste alinea, juncto overweging 17 van Richtlijn 1999/70/EG (zie in die zin HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler e.a.*), punt 68, en HvJ EU 19 maart 2020, gevoegde zaken C-103/18 en C-429/18, ECLI:EU:C:2020:219 (*Sánchez Ruiz e.a.*), punt 59). In deze context moet ook worden geconstateerd dat het begrip ‘tijd’ van de arbeidsverhouding een essentieel onderdeel is van elke overeenkomst voor bepaalde tijd. Volgens clause 3, punt 1, van de raamovereenkomst wordt ‘het einde [van de arbeidsovereenkomst of [verhouding] bepaald door objectieve voorwaarden zoals het bereiken van een bepaald tijdstip, het voltooiën van een bepaalde taak of het intreden van een bepaalde gebeurtenis’. Een wijziging van de einddatum van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vormt dan ook een wezenlijke verandering van deze overeenkomst, die mag worden gelijkgesteld met de sluiting van een nieuwe arbeidsverhouding voor bepaalde tijd die de vorige arbeidsverhouding opvolgt en die dus binnen de werkingssfeer van clause 5 van de raamovereenkomst valt. Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat clause 1 en clause 5, punt 2, van de raamovereenkomst aldus moeten worden uitgelegd dat de daarin gebruikte uitdrukking ‘opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd’ ook ziet op de overeenkomstig uitdrukkelijke nationale bepalingen doorgevoerde verlenging van rechtswege van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van werknemers bij de reinigingsdiensten van plaatselijke bestuurslichamen, ondanks het feit dat dit niet schriftelijk is gebeurd, wat nochtans in beginsel verplicht is voor de sluiting van opeenvolgende overeenkomsten.

Richtlijnconforme uitlegging tot vast contract ondanks grondwettelijk verbod?

Clause 5, punt 1, van de raamovereenkomst moet aldus worden uitgelegd dat wanneer misbruik is gemaakt van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de zin van deze bepaling, de verplichting voor de verwijzende rechter om aan de betrokken bepalingen van nationaal recht zo veel mogelijk een uitlegging en toepassing te geven waarmee dat misbruik naar behoren kan worden bestraft en de gevolgen van de schending van het Unierecht ongedaan kunnen worden gemaakt, ook impliceert dat hij uitmaakt of in voorkomend geval ten behoeve van die conforme uitlegging toepassing kan worden gegeven aan een oudere nationale regeling die nog steeds van kracht is en waardoor de opeenvolging van overeenkomsten voor bepaalde tijd kan worden omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, hoewel grondwettelijke nationale bepalingen een dergelijke omzetting in de overheidssector categorisch verbieden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 11-02-2021

ECLI: ECLI:EU:C:2021:113

Zaaknummer: C-760/18

Rechters: A. Kumin, T. von Danwitz en P.G. Xuereb

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Maaltijdbezorgers Deliveroo zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst.*Feiten*

Deliveroo Netherlands B.V. (hierna: Deliveroo) biedt in Nederland een online maaltijdbestellen betaalsysteem aan, alsmede een bezorgdienst van restaurants naar klanten. Deliveroo heeft haar bezorgers oorspronkelijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst genomen. Sinds juli 2018 werken de bezorgers alleen nog op basis van een overeenkomst van opdracht, waarin onder meer is opgenomen dat de bezorger zich moet inschrijven bij de Kamer van Koophandel. Sinds 21 september 2018 hanteert Deliveroo twee soorten opdrachtsovereenkomsten: de *Regular*-overeenkomst, op grond waarvan per vier weken maximaal 40% van het reguliere minimumloon kan worden verdiend en btw-afdracht niet verplicht is, en de *Unlimited*-overeenkomst, op grond waarvan meer dan voornoemd bedrag verdiend kan worden en de bezorger wel btw in rekening dient te brengen en dient af te dragen. Betaling vindt in beide gevallen plaats per afgeleverde bezorging en op basis van facturering, waarbij Deliveroo namens de bezorger de aan Deliveroo gerichte factuur opstelt. Bezorgers maken gebruik van een app om op hun telefoon bestellingen te ontvangen. Tot maart 2020 hanteerde Deliveroo de *self-service booking tool* (hierna: het SSB-systeem). De bezorger kon met gebruikmaking daarvan kiezen of, wanneer, waar en voor hoe lang hij wilde werken. Sinds maart 2020 hanteert Deliveroo in plaats van het SSB-systeem het zogenoemde *Free Login*-systeem. Hiermee is het voor bezorgers niet meer mogelijk om vooraf tijdblokken te reserveren, maar kan men zich slechts aanmelden 'op het moment zelf'. Uitsluitend bezorgers die zijn ingelogd kunnen een bestelling krijgen aangeboden, welke door de bezorger geweigerd kan worden onder opgave van een reden. Bij de toedeling van de bezorging van maaltijden maakt Deliveroo gebruik van een algoritme, genaamd 'Frank'. Volgens het contract kunnen bezorgers zich laten vervangen. Het materiaal, in ieder geval een smartphone en een fiets, motorfiets, auto of scooter levert de bezorger zelf. Tussen partijen (FNV en Deliveroo) is in geschil of de bezorgers van Deliveroo werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst of niet. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de relatie tussen Deliveroo en haar bezorgers aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, nu – kort samengevat – de aard van het werk en de rechtsverhouding tussen partijen sinds begin 2018 niet wezenlijk zijn gewijzigd ten opzichte van de situatie dat Deliveroo arbeidsovereenkomsten gebruikte. Deliveroo heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Juridisch kader

Het hof verwijst ten aanzien van het juridisch kader allereerst naar het arrest *X/Gemeente Amsterdam* (zie AR 2020-1345). Met dit arrest is duidelijk geworden dat de bedoeling van partijen geen rol speelt bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest geoordeeld dat voor de kwalificatie van een arbeidsrelatie moet worden gekeken naar de elementen 'in dienst', 'loon', 'gedurende zekere tijd' en 'arbeid' en dat deze kwalificatie moet gebeuren aan de hand van de rechten en verplichtingen die partijen zijn overeengekomen, waarbij gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval.

Arbeid

Het hof is van oordeel dat het thans door Deliveroo gehanteerde *Free Login*-systeem aan de bezorgers een grote mate van vrijheid geeft om zich aan te melden wanneer zij willen, en om aangeboden ritten al dan niet te accepteren. Indien een rit is geaccepteerd, zal deze in beginsel moeten worden uitgevoerd, maar dat doet aan de vrijheid om in te loggen en vervolgens een bestelling wel of niet te accepteren niet af. Het hof overweegt voorts dat een bezorger zich bij gelegenheid kan laten vervangen, maar dat niet gebleken is dat zich de situatie voordoet dat een bezorger zich permanent door iemand anders, zonder dat dit door Deliveroo is geaccepteerd, laat vervangen, waarmee de onderhavige zaak verschilt van de *Post.nl*-zaken. Gelet op de relatief eenvoudige aard van de uit te voeren werkzaamheden stelt Deliveroo kennelijk weinig eisen aan de toestemming die zij aan een bezorger geeft om zich te laten vervangen. De vervangingsmogelijkheid is daarmee niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, aangezien ook binnen een arbeidsovereenkomst de mogelijkheid bestaat dat de werknemer zich met toestemming van de werkgever laat vervangen.

Loon

De door Deliveroo beschreven reguliere gang van zaken (een automatische tweewekelijkse betaling door Deliveroo aan de bezorger) lijkt volgens het hof meer op de gang van zaken bij een arbeidsovereenkomst, waarbij de werkgever uit zichzelf het loon moet betalen, dan op die bij een opdrachtovereenkomst, waarbij de opdrachtnemer zelf factureert. In hoger beroep is verder gebleken dat de meeste bezorgers niet btw-plichtig zijn. Werkzaamheden waarvoor de beloning minder bedraagt dan 40% van het reguliere minimumloon worden door de Belastingdienst als 'hobbymatig' aangemerkt, in welk geval geen btw verschuldigd is. Deliveroo heeft verklaard dat 67% van de bezorgers aldus hobbymatig werkt. Het ontbreken van ondernemerschap kan op grond van het arrest *FNV Kiem* van het Hof van Justitie een indicatie vormen voor werknemerschap. Ruim tweederde van de bezorgers van Deliveroo beschouwt zich kennelijk niet als ondernemer. Gelet op de benaming die Deliveroo aan de contracten geeft, gaat zij ervan uit dat de afwezigheid van btw-plicht (en dus hobbymatig werken) uitgangspunt is, nu dit contract '*Regular*' wordt genoemd.

In dienst van

Het hof oordeelt dat de wijze waarop Deliveroo werkzaamheden door bezorgers laat uitoefenen, veeleer duidt op een gezagsrelatie, dan op de afwezigheid van een gezagsrelatie. Het hof overweegt dat de werkzaamheden, het ophalen en bezorgen van voedsel, van dien aard zijn, dat daarvoor weinig aanwijzingen nodig zijn. FNV heeft erop gewezen dat de betreffende arbeid 'gewone bedrijfsarbeid' of een kernactiviteit vormt voor Deliveroo. Het hof verwijst in dit kader naar het arrest van de Hoge Raad van 17 november 1978 (*NJ* 1979, 140, *Ponstypiste*) en leidt daaruit af dat het verrichten van gewone bedrijfsarbeid kan duiden op een gezagsverhouding. Het hof is van oordeel dat de bezorging van maaltijden een kernactiviteit van Deliveroo is. Dat het Deliveroo is die de inhoud van de contracten (eerst arbeidsovereenkomst, toen opdrachtovereenkomst, met later de keuze tussen *Regular* en *Unlimited*) en de wijze waarop de werkzaamheden worden georganiseerd (eerst SSB-systeem, later *Free Login*-systeem) steeds eenzijdig wijzigt, duidt er ook op dat Deliveroo gezag uitoefent over de bezorgers. Ook overweegt het hof ten aanzien van algoritme 'Frank' het volgende. 'Frank' maakt gebruik van een GPS-systeem om de locatie van de bezorger ten opzichte van het restaurant te bepalen. De GPS-locatie van de bezorger wordt na inloggen voortdurend bijgehouden. Dit geeft Deliveroo een vergaande controlemogelijkheid op de werkwijze van de bezorger, hetgeen eveneens als een vorm van gezag is aan te merken. Het toekennen van bonussen (hetgeen sinds de invoering van het *Free Login*-systeem veel vaker gebeurde) vergroot eveneens de mogelijkheid van Deliveroo om invloed uit te oefenen op het gedrag van de bezorgers. Ook het door Deliveroo eenzijdig vastgestelde betaalmiddel duidt op een vergaande bemoeienis van Deliveroo op het bezorgproces en vormt daarmee een aanwijzing van gezag.

Gedurende zekere tijd

Het hof is van oordeel dat niet is gebleken dat de bezorgers in verwaarloosbare omvang werkzaamheden verrichten. Er is dan ook voldaan aan het criterium dat de arbeid gedurende zekere tijd dient te worden verricht.

Conclusie

Alle omstandigheden bij elkaar genomen constateert het hof dat slechts de aan de bezorgers ten aanzien van het verrichten van de arbeid gegeven vrijheid een omstandigheid is die eerder wijst op de afwezigheid dan op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Alle overige elementen en omstandigheden wijzen meer op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. De aan de bezorgers ten aanzien van het verrichten van de arbeid gegeven vrijheid is bovendien niet onverenigbaar met de kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst. Concluderend is het hof van oordeel dat de bezorgers van Deliveroo werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Het vonnis waarvan beroep wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:392

Zaaknummer: 200.261.051/01

Rechters: G.C. Boot, A.S. Arnold en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: M.M. Govaert en J.P. Boot

Wetsartikelen: 7:61o BW

RECHTSPRAAK

De omstandigheid dat werkgever het vertrouwen in werknemer is verloren en van mening is dat de arbeidsverhouding is verstoord, is in het onderhavige geval onvoldoende voor een succesvol beroep op de grond.*Feiten*

Werknemer is op 1 mei 2017 in dienst getreden bij de Ambassade van de Federale Republiek van Brazilië in Den Haag (hierna: de Ambassade). In de loop van 2019 heeft werknemer een aantal schriftelijke waarschuwingen ontvangen: voor het onbemand achterlaten van de lobby van het ambassadegebouw, voor het achterlaten van sleutels in een buitendeur van dat gebouw en voor onaanvaardbaar gedrag (schreeuwen) jegens een voorbijganger vlakbij het ambassadegebouw. Verder heeft de Ambassade twee boetes gekregen voor snelheidsovertredingen die werknemer heeft begaan, namelijk een boete voor vier kilometer per uur te hard rijden en een boete voor veertien kilometer per uur te hard rijden. Op 17 december 2019 heeft werknemer wederom een schriftelijke waarschuwing gekregen, ditmaal voor vier incidenten. Op 4 december 2019 heeft hij schade aan een auto van de Ambassade veroorzaakt. Op 10 december 2019 heeft hij aan een andere auto van de Ambassade schade veroorzaakt bij het manoeuvreren van de auto door een smalle straat. Op 12 december 2019 heeft werknemer de ambassadrice naar een verkeerd adres gebracht en op 13 december 2019 heeft hij zijn sleutel in het ambassadegebouw laten liggen. Op 18 december 2019 heeft de Ambassade een gesprek gevoerd met werknemer. Diezelfde dag heeft werknemer een brief ontvangen waarin staat dat hij op non actief is gesteld en dat een ontslagprocedure aanhangig zal worden gemaakt. De Ambassade verzoekt ontbinding primair op grond van verwijtbaar handelen. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. De Ambassade komt op tegen de beschikking.

*Oordeel**Verwijtbaar handelen*

Het hof is van oordeel dat van verwijtbaar handelen geen sprake is, ook niet indien alle verweten gedragingen gezamenlijk worden genomen. De stellingen van de Ambassade zijn bovendien niet met (nieuwe) voorbeelden onderbouwd.

Disfunctioneren

Naar het oordeel van het hof geldt ook hier dat de Ambassade onvoldoende concreet heeft

toegelicht waar, wanneer en door wie werknemer is aangesproken op zijn functioneren en welke afspraken er met hem zijn gemaakt om zijn functioneren te verbeteren. Het had op de weg van de Ambassade gelegen om aannemelijk te maken dat werknemer voldoende doordrongen was van het belang dat hij zijn functioneren zou verbeteren. Als gezegd, heeft de Ambassade onvoldoende concreet onderbouwd dat zij dat – voorafgaand aan de waarschuwingsbrief van 17 december 2019 – heeft gedaan.

Verstoorde arbeidsverhouding

Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat het voorstelbaar is dat de incidenten in enige mate tot een verlies van vertrouwen hebben geleid, maar dat maakt nog niet dat gesproken kan worden van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van de Ambassade in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst nog langer te laten voortduren, zelfs niet als daarbij wordt betrokken dat de Ambassade redelijkerwijs de lat hoog mag leggen als het gaat om zorgvuldig gedrag van haar werknemers.

Andere omstandigheden

De omstandigheid dat de ambassade het vertrouwen in werknemer is verloren en van mening is dat de arbeidsverhouding is verstoord, is in het onderhavige geval onvoldoende voor een succesvol beroep op de h-grond. Daarbij acht het hof van belang dat werknemer's omstreden gedragingen slechts zeer indirect van invloed kunnen zijn geweest op de (diplomatieke) status van de Ambassade en dat de positie van werknemer in de organisatie van de ambassade niet van een zo bijzondere aard is dat het ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond gerechtvaardigd is omdat volgens de Ambassade sprake is van een gebrek aan vertrouwen en/of een verstoorde arbeidsovereenkomst.

Cumulatie van gronden

Naar het oordeel van het hof is geen sprake van omstandigheden die een bijna voldragen d-, e-, g- of h-grond opleveren en die tezamen meebrengen dat van de Ambassade niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:106

Zaaknummer: 200.282.494/01

Rechters: C.A. Joustra, H.J. van Kooten en A.M.A. Verscheure

Advocaten: E. van Houweninge Graftdijk en M.J. Sterrenburg

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

RECHTSPRAAK

Het was niet de bedoeling van de cao-partijen dat individuele aanspraken van werknemers met betrekking tot gemiste ORT tijdens vakantie-uren over de perioden waarin de eerdere cao's toepasselijk waren, zouden komen te vervallen.*Feiten*

Werknemer is van 4 november 2009 tot 17 juni 2019 bij Trigion in dienst geweest als beveiligers. Werknemer is lid van de CNV, een van de vakverenigingen die partij zijn bij de CAO PB. In de CAO PB die gold van 1 januari 2012 tot en met 30 juni 2012 werd bepaald dat het vakantieloon bestond uit het basissalaris, vermeerderd met de gemiddeld verdiende onregelmatigheidstoeslag (verder: de ORT). In de CAO PB 2012/2013, die aanvankelijk gold van 1 juli 2012 tot en met 30 september 2013 en kennelijk is verlengd tot 1 oktober 2014, werd het rooster- en beloningssysteem (met ingang van loonperiode 10 van 2013) ingrijpend gewijzigd. Uitgangspunt was dat de wijzigingen kosten- en inkomensneutraal moesten zijn: de wijzigingen zouden niet (mogen) leiden tot een verhoging of verlaging van de arbeidskosten of het loon. Er werden arbeidsvoorwaarden 'uitgeruild', waarbij gebruikgemaakt werd van een zogenoemd 'knoppenmodel'. De wijzigingen in het beloningssysteem (grofweg) dat de reguliere arbeidstijd werd teruggebracht van 160 uur naar 152 uur per vier weken. Daarnaast werd een verschuivingstoeslag geïntroduceerd. Daartegenover zouden de ADV-uren en de ORT over verlof vervallen. Het onderzoeksbureau Syntro heeft op verzoek van cao-partijen de hiervoor genoemde wijzigingen in de CAO PB 2012/2013 geëvalueerd. Rekening houdend met alle wijzigingen becijferde Syntro in haar rapport van december 2014 (verder ook: het Syntro-rapport), kort gezegd, dat de werknemers door de uitruil van arbeidsvoorwaarden in loonperiode 2 tot en met 9 van 2013 in vergelijking met loonperiode 2 tot en met 9 in 2014 erop achteruit waren gegaan. FNV heeft een aantal werkgevers in de beveiligingsbranche in rechte betrokken om de juistheid van het verval van de ORT te laten beoordelen. In dat verband heeft tussen cao-partijen overleg plaatsgevonden. Op 9 januari 2017 hebben cao-partijen een akkoord bereikt over de nieuwe CAO PB, geldend van 1 januari 2017 tot en met 30 september 2017. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis voor recht verklaard dat het hierin opgenomen artikel 66 nietig is. Werknemer heeft in hoger beroep zijn eis aldus gewijzigd dat hij thans vordert voor recht te verklaren dat artikel 66 lid 1 van de CAO PB geldend van 1 juli 2012 tot en met 30 september 2013 en artikel 66 lid 1 van de CAO PB geldend van 1 oktober 2014 tot en met 30 juni 2015 nietig zijn.

Oordeel

In aanmerking genomen dat de loonvordering van werknemer – naar hierna zal blijken: terecht – integraal is toegewezen en niet is gesteld of gebleken dat werknemer meent daarnaast nog iets van Trigion te vorderen te hebben, heeft werknemer, gelet op het ontbreken van enige toelichting op de eisenwijziging, bij zijn gewijzigde vordering geen belang. Deze zal daarom worden afgewezen. Het hof gaat ervan uit dat in feite CNV Vakmensen, die werknemer te dezen rechtshulp verleent, bij de onderhavige eisenwijziging (wel) belang heeft, maar CNV Vakmensen is geen partij in dit geding.

Grievens Trigion

Trigion komt op tegen de overweging van het bestreden vonnis, waarin de kantonrechter, samengevat, heeft geoordeeld dat de kennelijk door (een der) cao-partijen voorgestane bedoeling om met de additionele structurele loonsverhoging van 0,5% de gemiste ORT te compenseren geen neerslag heeft gevonden in de tekst van de CAO PB 2017. Uit de tekst van en de toelichting op artikel 42 van de CAO PB 2017 kan weliswaar worden afgeleid dat de (additionele) structurele loonsverhoging van 0,5% diende ter compensatie voor werknemers in relatie tot de afwikkeling van het Syntro-rapport, maar niet dat deze compensatie uitsluitend of zelfs maar in het bijzonder zag op de consequenties van het nieuwe systeem van arbeidstijden en toeslagen en dus op het vervallen van betaling van ORT tijdens vakantie-uren. Het moge zo zijn dat alle werknemers als gevolg van de onderhavige loonsverhoging van 0,5% na een periode van gemiddeld twee jaar zouden zijn gecompenseerd voor de gemiste ORT tijdens vakantie-uren en dat werknemer bij toewijzing van zijn loonvordering ter zake 'dubbel zou worden gecompenseerd', maar daaruit volgt geenszins dat het de bedoeling van de cao-partijen was dat individuele aanspraken van werknemers met betrekking tot (in dit geval) gemiste ORT tijdens vakantie-uren over de perioden waarin de eerdere cao's toepasselijk waren, zouden komen te vervallen. Verder noopt naar het oordeel van het hof de enkele omstandigheid dat werknemer er als gevolg van de invoering van de wijzigingen in het beloningssysteem per loonperiode 10 van 2013 salarieel (per saldo) met 4,92% op vooruit is gegaan niet tot het oordeel dat toewijzing van de onderhavige loonvordering, die is gebaseerd op de nietigheid van artikel 66 lid 1 van de CAO PB 2014/2015, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het vonnis wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 02-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:336

Zaaknummer: 200.261.801/01

Rechters: R.J.M. Smit, A. van Zanten-Baris en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: mr. dr. J.P.H. Zwemmer en B.M.T.G. Bakker-van Klaren

Wetsartikelen: 6:248 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Arbeidsovereenkomst op verzoek van werknemer (basiskok) ontbonden. Toewijzing loonvordering; betalingsonmacht werkgever, als gevolg van coronacrisis, is geen omstandigheid die maakt dat het niet kunnen werken voor rekening van werknemer behoort te komen.*Feiten*

Werknemer is op 2 maart 2020 in dienst getreden bij werkgever als basiskok, niveau 2. De arbeidsovereenkomst, met de mogelijkheid van tussentijdse opzegging, is aangegaan voor bepaalde tijd tot 1 maart 2021. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de arbeidsduur voor de werknemer minimaal vier uren per week bedraagt. Als gevolg van de coronamaatregelen werd het bedrijf van werkgever vanaf 15 maart 2020 gesloten. Werknemer had op dat moment drie dagen gewerkt voor werkgever. In juni 2020 is werknemer opnieuw opgeroepen en heeft hij in totaal drie dagen (38 uur verdeeld over twee weken) gewerkt. Daarna heeft werkgever in een gesprek duidelijk gemaakt dat hij niet meer met werknemer verder wilde en zou uitzoeken of toestemming van het UWV nodig zou zijn voor vroegtijdige beëindiging. Werknemer heeft zich nog altijd beschikbaar gesteld voor arbeid. Werkgever heeft vervolgens aangegeven dat vier uur werken per week prima is en dat werknemer zal worden ingepland als daar noodzaak toe is. Werknemer is echter na 19 juni 2020 niet meer opgeroepen. Werknemer verzoekt de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op de kortst mogelijke termijn, voor recht te verklaren dat werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en werkgever te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding. Daarnaast vordert werknemer betaling van (achterstallig) loon.

Oordeel

Partijen zijn het erover eens dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet volgen, dus zal de kantonrechter deze op de kortst mogelijke termijn uitspreken. De kantonrechter is van oordeel dat het in de gegeven omstandigheden niet voldoen van het loon wel aan te merken is als verwijtbaar, maar niet als ernstig verwijtbaar handelen, gelet op de financiële moeilijkheden waar werkgever zich door de coronacrisis in bevindt. Werknemer heeft daarnaast onvoldoende onderbouwd dat hij door het niet uitbetalen van de vier uur loon per week, terwijl hij daarnaast een WW-uitkering geniet, in de financiële problemen is geraakt. Gelet hierop zullen de verzoeken van werknemer om toekenning van een transitievergoeding en billijke vergoeding worden afgewezen. Wat betreft de uitbetaling van het loon is de kantonrechter van oordeel dat het uitbreken van corona of het (als gevolg daarvan) aanwezig zijn van betalingsonmacht bij werkgever geen omstandigheden zijn die maken dat het niet

verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor risico van werknemer behoort te komen. Werknemer heeft daarom recht op loon voor vier uur per week in de periode 15 maart tot en met 31 mei 2020 en de periode 15 juni 2020 tot aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Dat werkgever werknemer in die periode niet heeft opgeroepen voor de overeengekomen vier uur, blijft voor rekening van werkgever.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:542

Zaaknummer: 8827324

Rechters: E. Horsthuis

Advocaten: G. Oudshoorn

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:671c BW

RECHTSPRAAK

Commercieel en technisch manager treden na einde dienstverband in dienst bij de concurrent en overtreden volgens de kantonrechter drie keer het concurrentiebeding en twee keer het relatiebeding. Beide werknemers dienen boete ter hoogte van € 50.000 aan werkgever te voldoen.*Feiten*

Op 1 juni 2010 zijn werknemers in dienst getreden bij Repa Conveyor Equipment B.V. (hierna: Repa), als commercieel manager en technisch manager. Repa is een onderneming die zich bezighoudt met de handel, levering en installatie van transportrollen, trogrollen, trogstellen, trommels, trogframes en andere onderdelen die verband houden met rol- en transportbanden. In de arbeidsovereenkomsten van beide werknemers zijn opgenomen: een concurrentiebeding, relatiebeding, geheimhoudingsbeding en gekoppeld daaraan een boetebeding. Beide werknemers hebben hun arbeidsovereenkomst met Repa opgezegd met ingang van 31 mei 2018 en zijn aansluitend in dienst getreden bij ARP Engineering (hierna: ARP), een concurrent van Repa. Op 7 maart 2019 heeft Repa aan werknemers een brief gestuurd waarin onder meer staat dat zij heeft geconstateerd dat werknemers het concurrentie- en het relatiebeding hebben overtreden. Zij zijn na hun vertrek naar ARP actief geworden in exact dezelfde branche als Repa, zijn Repa gaan beconcurreren, hebben relaties van Repa benaderd en hebben bedrijfsgeheimen van Repa aan derden verschaft, aldus Repa. Repa vordert dat de kantonrechter werknemers ieder om die reden veroordeelt tot betaling van € 120.000 aan verbeurde boetes.

*Oordeel**Overtreding non-concurrentiebeding*

De kantonrechter is van oordeel dat Repa ervan uit kon gaan dat de activiteiten van werknemers zouden worden uitgevoerd, zonder dat zij relaties van Repa daarvoor zouden benaderen. Repa heeft aan haar vordering drie gedragingen ten grondslag gelegd: (1) een bezoek aan FLSmidt Denemarken in september 2018; (2) zakelijke contacten met FLS Wadgassen en (3) zakelijke contacten met Q-tech. Werknemers hebben (met gebruikmaking van de kennis over prijzen van Repa) aan FLSchmidth een prijslijst verstrekt, die per onderdeel net onder de prijzen van Repa ligt. Dit levert een overtreding van het concurrentiebeding op, ook al is het niet tot een daadwerkelijke levering gekomen. Ook ten aanzien van FLS Wadgassen staat vast dat werknemers prijsopgaves en offertes hebben

verstrekt, hetgeen wederom een overtreding van het concurrentiebeding oplevert. Met Q-tech is zakelijk contact geweest, omdat zij door Repa in de problemen was gekomen door vertraging in levertijden. De kantonrechter oordeelt ten aanzien van dit zakelijk contact dat ook het leveren aan klanten van Repa met het oogmerk deze uit de brand te helpen op het gebied van te halen levertijden, valt onder de reikwijdte van het concurrentiebeding. Met het voorgaande is komen vast te staan dat sprake is van drie overtredingen van het concurrentiebeding.

Overtreding relatiebeding

Repa legt aan de vordering voorts ten grondslag dat sprake is van twee schendingen van het relatiebeding en stelt dat die schendingen onder meer blijken uit het bezoek aan leverancier China Conveyor (C&Y China) in China door werknemers in juni 2018 en het zakelijk contact dat is gelegd met De Regt Conveyor Systems (hierna: De Regt) in de periode augustus 2018 tot en met februari 2019. Volgens werknemers is C&Y China een leverancier van Repa en daardoor niet aan te merken als een relatie in de zin van het relatiebeding. De kantonrechter volgt werknemers hierin niet en stelt dat ook een leverancier onder de reikwijdte van het beding valt. Een werkgever kan immers goede prijzen hebben bedongen bij de leverancier. Met kennis van die prijzen kan een ex-werknemer zijn voordeel doen indien hij zelf bij de leverancier goederen bestelt en daarmee een concurrentievoordeel van de werkgever tenietdoen. Met De Regt, een relatie van Repa, is in de referteperiode zakelijk contact geweest, waarmee dit ook valt onder het relatiebeding. Dat ARP uiteindelijk geen order heeft ontvangen van de Regt, doet niet af aan de schending van het relatiebeding. Dit levert dus tweemaal schending op van het relatiebeding.

Matiging boete

Nu vaststaat dat werknemers het concurrentie-/relatiebeding vijfmaal hebben overtreden, is de daarop gestelde boete van in totaal € 100.000 in beginsel verbeurd. De kantonrechter ziet aanleiding de boete te matigen tot € 50.000. De kantonrechter neemt daarbij het salaris van werknemers bij Repa mee en het gegeven dat hun inkomen nu ook niet hoog is. Verder is van belang dat Repa niet heeft onderbouwd dat zij door de schending van het concurrentie- en relatiebeding directe en aantoonbare schade heeft geleden. Voor verdere matiging is geen aanleiding, omdat werknemers willens en wetens de bedingen hebben overtreden, zoals blijkt uit de toon en inhoud van diverse e-mails en Whatsapp-berichten.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 03-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:861

Zaaknummer: 8074420

Rechters: M.C. van Rijn

Advocaten: R.A.M. Schram, D. Sijbesma en E.J. van de Bovenkamp

Wetsartikelen: 6:94 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Bedrijfseconomisch ontslag onvoldoende aannemelijk, mede omdat werknemer daaraan voorafgaand al was vrijgesteld van werkzaamheden en een vso was aangeboden met andere grondslag.*Feiten*

Werknemer is op 23 maart 2015 bij werkgeefster in dienst getreden in de functie van administrateur. In een functioneringsgesprek van 12 juli 2019 is, naast een aantal actiepunten ten aanzien van het functioneren van werknemer zoals nauwkeuriger werken en 'het over het algemeen de verantwoording nemen', opgenomen dat werknemer een belangrijke schakel is. Hierbij wordt aangegeven dat de rol van de financieel controller op termijn minder moet worden en de bedoeling is dat werknemer dan door zou groeien in zijn rol. In een functioneringsgesprek van 18 november 2019 is opgemerkt dat de werknemer zijn nauwkeurigheid en kennis van de boekhouding verbeterd heeft, maar dat timemanagement en telefoongebruik tijdens werk beter moet. Op 4 juni 2020 heeft werkgeefster aan werknemer een vaststellingsovereenkomst (vso) aangeboden. Werknemer heeft de vso niet geaccepteerd. Op 29 juni 2020 heeft werkgeefster ten behoeve van werknemer een aanvraag bedrijfseconomisch ontslag ingediend bij het UWV. Deze aanvraag is afgewezen omdat niet aannemelijk was gemaakt dat sprake is van bedrijfseconomische redenen waardoor de functie van werknemer noodzakelijkerwijs zou komen te vervallen. Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden wegens bedrijfseconomische redenen. Werknemer stelt een aantal tegenverzoeken in. Zo verzoekt hij het verzoek van werkgeefster af te wijzen en werkgeefster te veroordelen hem te werk te stellen in de bedongen arbeid. Voorts verzoekt hij veroordeling van werkgeefster tot betaling van achterstallig salaris en gemaakte overuren met daarover de wettelijke verhoging en rente. Subsidiair verzoekt hij de ontbinding uit te spreken onder toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat hij het eens is met de constatering van het UWV dat niet aannemelijk wordt geacht dat de functie van werknemer in een tijdsbestek van slechts drie weken is komen te vervallen. Werkgeefster heeft dit in deze procedure ook nagelaten aannemelijk te maken. Over een noodzakelijk vervallen van de functie van werknemer is met werknemer nooit gesproken en dit lijkt achteraf door werkgeefster te zijn geconstrueerd toen werknemer niet bereid bleek de vso te ondertekenen. Daar komt bij dat, hoewel werkgeefster dit uitdrukkelijk heeft ontkend, wel degelijk met werknemer lijkt te zijn gesproken over het op

termijn overnemen van (een deel van) de taken van de financieel controller. Ook dit lijkt erop te wijzen dat werkgeefster om andere redenen van werknemer afscheid wenst te nemen. Weliswaar heeft werkgeefster in deze procedure uitgebreider dan in de procedure bij het UWV toegelicht dat door verdergaande automatisering een deel van de taken van werknemer eenvoudiger is geworden, maar zelfs als dit wordt aangenomen, lijkt het verval van de functie van administrateur te prematuur te zijn geweest. Dat tot slot sprake zou zijn van een financiële reden voor het vervallen van de functie van werknemer als gevolg van het teruglopen van de resultaten vanwege de coronacrisis, heeft werkgeefster niet voorzien van enige onderbouwing. De verzochte ontbinding wordt daarom, gelet op het bovenstaande, afgewezen. Nu onvoldoende grond is om aan te nemen dat de functie van werknemer is komen te vervallen zal het verzoek van werknemer om zijn eigen werkzaamheden weer op te pakken, worden toegewezen. Het achterstallig loon, inclusief de bijbehorende loonsverhoging uit de cao, wordt toegewezen. Deze loonsverhoging wordt bij normaal functioneren ieder jaar toegekend. Dat werknemer hierop geen aanspraak heeft vanwege de geuite ontevredenheid over het functioneren door werkgeefster, is, voor zover dit uit de functioneringsverslagen al zou volgen, onvoldoende om de aanspraak af te wijzen. Het verzoek van werknemer tot uitbetaling van de meeruren wordt afgewezen, nu werknemer het verweer van werkgeefster niet heeft weersproken.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:215

Zaaknummer: 8903421 EA VERZ 20-907

Rechters: E. Pennink

Advocaten: I. Luijt-Visser en C. Hofmans

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

RECHTSPRAAK

Zowel werkgever als werknemer heeft verwijtbaar gehandeld, maar ernstig verwijtbaar handelen staat niet vast. Arbeidsovereenkomst wordt op verzoek van beide partijen ontbonden.*Feiten*

Werknemer is sinds 2012 meermaals krachtens arbeidsovereenkomst in dienst geweest van Hose & Reel Products B.V. (hierna: Hose & Reel), laatstelijk met ingang van 1 oktober 2017.

Op 6 november 2019 heeft werknemer zich ziek gemeld. Na een 'time-out' van twee weken heeft opnieuw een consult met de bedrijfsarts plaatsgevonden, die op 22 november 2019 het advies aan partijen heeft gegeven dat sprake is van een arbeidsconflict en dat het de bedoeling is dat partijen in gesprek gaan of een vaststellingsovereenkomst (vso) tekenen. Werknemer heeft kenbaar gemaakt interesse te hebben in een vso. Op 9 december 2019 heeft werknemer per e-mail aan Hose & Reel te kennen gegeven dat zijn fysieke klachten nog niet zijn verdwenen. Op 16 januari 2020 heeft Hose & Reel bij werknemer aangegeven nog geen acties te willen ondernemen voor de vaststelling van een vso, omdat zijn medische situatie voor haar onduidelijk is. Volgens Hose & Reel heeft Arbopro op 22 november 2019 aangegeven dat er geen sprake meer was van arbeidsongeschiktheid. Op 19 februari 2020 heeft Hose & Reel bij werknemer aangegeven dat er een intern onderzoek loopt naar de manier van handelen van werknemer binnen de organisatie. Zo heeft Hose & Reel van werknemer een lege laptop en telefoon teruggekregen waarop belangrijke zakelijke gegevens stonden. Op 18 mei 2020 heeft Hose & Reel een concept-vso aan werknemer doen toekomen. Partijen hebben sindsdien veelvuldig over de inhoud van de conceptovereenkomst overleg gevoerd. Bij e-mail van 23 juni 2020 heeft Hose & Reel werknemer opgeroepen om weer op het werk te verschijnen, maar dat heeft werknemer nagelaten. In reactie op de oproeping heeft werknemer aangegeven dat hij door Hose & Reel verplicht is vrijgesteld van werk in afwachting van nader onderzoek en berichtgeving van Hose & Reel. Bij e-mail van 14 augustus 2020 heeft Hose & Reel nogmaals te kennen gegeven dat werknemer op 18 augustus 2020 op het werk diende te verschijnen, waarna werknemer op 18 augustus 2020 per e-mail heeft aangegeven zich ziek te moeten melden. Op 9 september 2020 heeft werknemer nogmaals een bezoek aan de bedrijfsarts gebracht. Die concludeert dat de verzuimstatus van werknemer eindigt op 1 oktober 2020. Nadat Hose & Reel werknemer op 23 september 2020 heeft opgeroepen om op 1 oktober 2020 weer op het werk te verschijnen heeft zij werknemer op 1 oktober 2020 te kennen gegeven dat hij – nu hij niet op het werk was verschenen – geen loon zou ontvangen. Niet lang daarna heeft werknemer zich wederom ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft zijn standpunt gehandhaafd ten aanzien van het einde van de verzuimstatus per 1 oktober 2020. Werknemer ontvangt

sinds 1 oktober 2020 geen loon meer. Hose & Reel verzoekt om ontbinding van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst, primair op grond van ernstig verwijtbaar handelen en subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsrelatie. In tegenverzoek verzoekt werknemer tot veroordeling van Hose & Reel tot betaling van de transitievergoeding en een billijke vergoeding van € 32.000.

Oordeel

Dat de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden staat tussen partijen niet ter discussie, zodat de kantonrechter aan dat verzoek tegemoet zal komen. Partijen verwijten elkaar over en weer ernstig verwijtbaar handelen. Van de ene kant verdient de wijze van benadering door Hose & Reel op een aantal momenten – zacht uitgedrukt – niet de schoonheidsprijs. De dwingende en verwijtende toonzetting waarmee Hose & Reel keer op keer haar berichtgeving aan werknemer gepaard liet gaan, zelfs in de week na het overlijden van de moeder van werknemer, getuigt niet van goed werkgeverschap. Daar staat echterl tegenover dat werknemer, in weerwil van het feit dat de bedrijfsarts keer op keer heeft geoordeeld dat hij arbeidsgeschikt is, stevast heeft geweigerd om – daartoe gesommeerd – op het werk te verschijnen, zich daarbij uitsluitend erop beroepend dat hij in februari 2020 was vrijgesteld van werk. Het gegeven dat hij door zijn werkgever werd opgeroepen, betekende immers per definitie dat die vrijstelling niet meer aan de orde was. Dat een onderzoek niet althans niet kenbaar had plaatsgevonden, doet daar – in tegenstelling tot hetgeen werknemer daarover aanvoert – in het geheel niets aan af. Concluderend komt de kantonrechter tot het oordeel dat partijen over en weer het nodige te verwijten valt, maar ernstig verwijtbaar handelen is niet vast komen te staan. Het vorenstaande leidt ertoe dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst zal ontbinden per 1 maart 2021. De transitievergoeding is toewijsbaar, maar de vordering tot betaling van een billijke vergoeding wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 27-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:1113

Zaaknummer: 8897540 AZ VERZ 20-142

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: M.H.D. Vergouwen en R.J.M. Borgers

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

RECHTSPRAAK

Werkneemster met slapend dienstverband heeft geen recht op de transitievergoeding. De vraag of het dienstverband voor of na 1 juli 2015 slapend is geworden is niet relevant aangezien werkgever geen aanspraak kan maken op de compensatieregeling vanwege het einde van de wachttijd voor 1 juli 2015. Uitleg artikel 7:673e BW.*Feiten*

Werkneemster is op 1 april 1978 fulltime in dienst getreden van de rechtsvoorganger van Ammega Holding Nederland B.V. (hierna: Ammeraal) in de functie van secretaresse. In 2000 is werkneemster uitgevallen met RSI- (gerelateerde) klachten. Met ingang van 2001 is aan werkneemster een gedeeltelijke uitkering op basis van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) toegekend, berekend naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 25-35%. Sindsdien ontving werkneemster, naast haar WAO-uitkering, een aanvulling uit een arbeidsongeschiktheidsverzekering van Nationale Nederlanden en een loonaanvulling van Ammeraal. Met ingang van 7 januari 2013 heeft werkneemster zich volledig ziek gemeld in de functie die zij op dat moment vervulde. Blijkens de verzuimgegevens van Arboned heeft werkneemster na een korte periode van volledige uitval, weer gedeeltelijk gewerkt, en is zij met ingang van 13 februari 2015 – de datum waarop zij aan haar schouder werd geopereerd – opnieuw voor 100% ziek gemeld. Bij besluit van het UWV van 26 januari 2015 in het kader van de herbeoordeling van de WAO, is de mate van arbeidsongeschiktheid vastgesteld op 80-100%, en is aan werkneemster een loondervingsuitkering toegekend met ingang van 5 januari 2015. Werkneemster is na de operatie aan haar schouder op 13 februari 2015 met ingang van 7 september 2015 begonnen met re-integreren. Werkneemster is op 8 juni 2016 opnieuw aan haar schouder geopereerd. Bij brief van 19 mei 2017 heeft Ammeraal aan werkneemster bevestigd dat het UWV heeft geoordeeld dat het arbeidsongeschiktheidspercentage ongewijzigd 80-100% zou blijven, dat Ammeraal het dienstverband niet zou beëindigen en zou stoppen met de aanvulling van de WAO uitkering. Werkneemster heeft op 21 november 2017 Ammeraal verzocht in te stemmen met haar voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden onder uitbetaling van de wettelijke transitievergoeding. Ammeraal heeft dit geweigerd. Werkneemster heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd dat de kantonrechter Ammeraal zou bevelen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding. De kantonrechter heeft de vordering van werkneemster toegewezen. Tegen de beslissing van de kantonrechter en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Ammeraal in hoger beroep op.

Oordeel

Het hof oordeelt dat de vraag of het dienstverband vóór of na 1 juli 2015 slapend is geworden, geen beantwoording behoeft omdat ook in het geval aangenomen moet worden dat de bevoegdheid tot opzegging aan de zijde van Ammeraal – en daarmee het slapend worden van het dienstverband – pas is ontstaan na 1 juli 2015, Ammeraal niet gehouden was het dienstverband met werkneemster op te zeggen onder toekenning van een transitievergoeding, omdat Ammeraal in het onderhavige geval, waarin het einde van de wachttijd is gelegen voor 1 juli 2015, geen aanspraak zou hebben kunnen maken op compensatie van (de gehele of een deel van) de transitievergoeding die zij in dat geval had moeten betalen. Gelijk ook het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft overwogen in zijn arrest van 26 oktober 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:8645), draait het in een situatie waarin de datum einde wachttijd is gelegen vóór 1 juli 2015, en het moment van slapend worden van het dienstverband ná 1 juli 2015, om uitleg van de leden 1 en 2 van artikel 7:673e BW in onderling verband bezien. In de situatie dat het dienstverband slapend is geworden na 1 juli 2015 zou Ammeraal op grond van het Xella-arrest in beginsel gehouden zijn (geweest) in te stemmen met beëindiging van het dienstverband onder toekenning van de transitievergoeding aan werkneemster, en is dus voldaan aan het vereiste zoals neergelegd in artikel 7:673e lid 1 BW. In artikel 7:673e lid 2 BW is echter, samengevat, bepaald dat de transitievergoeding niet meer bedraagt dan het bedrag van de transitievergoeding, berekend naar het moment van het bereiken van het einde van de wachttijd. Dat moment was in het geval van werkneemster 5 januari 2015, derhalve vóór inwerkingtreding van de WWZ, zodat ook in het geval het dienstverband ná 1 juli 2015 slapend is geworden de transitievergoeding op de voet van het tweede lid van artikel 7:673e BW nihil zou bedragen. Hoewel aan werkneemster kan worden toegegeven dat in de memorie van toelichting bij de totstandkoming van artikel 7:673e lid 2 BW geen aanwijzingen te vinden zijn dat de wetgever daarbij mede het oog heeft gehad op deze situatie, kan hieruit evenmin worden afgeleid dat een werkgever in die situatie wel aanspraak kan maken op compensatie.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:197

Zaaknummer: 200.272.766/01

Rechters: T.S. Pieters, A.S. Arnold en M.L.D. Akkaya

Advocaten: N.M. Wolters en E.M. Bosscher

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

RECHTSPRAAK

Werkgever dient in te stemmen met voorstel tot beëindiging slapend dienstverband. Dat opzegging na 1 januari 2020 geschiedt, komt voor risico van werkgever. Geen sprake van opvolgend werkgeverschap, dus transitievergoeding berekend vanaf datum in dienst bij huidige werkgever.

Feiten

Op 10 mei 1983 is werknemer in dienst getreden bij bedrijf X. Op 24 oktober 2000 is bedrijf X in staat van faillissement verklaard. Op 1 november 2000 is werknemer voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Marine and Offshore Protection and Preservation B.V. (hierna: MOPP). Op 31 augustus 2015 is werknemer wegens ziekte arbeidsongeschikt geraakt. De loondoorbetalingsverplichting van MOPP is geëindigd op 27 augustus 2018, na verlenging als gevolg van een loonsanctie. Met ingang van 27 augustus 2018 ontvangt werknemer een IVA-uitkering. Vanaf 27 mei 2019 heeft werknemer diverse brieven gestuurd aan MOPP, waarin hij verzoekt om zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen, onder toekenning van een transitievergoeding. In deze procedure vordert werknemer MOPP te bevelen om in te stemmen met het voorstel van werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een transitievergoeding.

*Oordeel**Verplichting tot beëindiging slapend dienstverband*

MOPP voert aan dat zij een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst omdat zij niet vast kon stellen of werknemer reële re-integratiemogelijkheden heeft. De kantonrechter oordeelt dat MOPP dit standpunt onvoldoende heeft onderbouwd. De omstandigheid dat werknemer een IVA-uitkering ontvangt, biedt immers reeds sterke indicaties dat hij geen reële re-integratiemogelijkheden heeft, behoudens contra-indicaties (waarvan niet gebleken is). Voor zover MOPP meer zekerheid hierover had willen krijgen had zij werknemer hierover zelf actief dienen te benaderen, maar het is niet vast komen te staan dat zij zich daartoe ingespannen heeft. Op grond hiervan oordeelt de kantonrechter dat MOPP, in de lijn met de Xella-beschikking, gehouden is in te stemmen met een voorstel van werknemer tot beëindiging van zijn slapend dienstverband met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan hem ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding.

Opvolgend werkgeverschap

Voorts dient beoordeeld te worden hoe hoog de aan werknemer toe te kennen vergoeding is. Daartoe is allereerst van belang vast te stellen wanneer het dienstverband van werknemer is aangevangen. De kantonrechter is echter van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eiste als de vorige overeenkomst. Zelfs als dat wel vast zou komen te staan, dan staat evenmin vast dat er 'zodanige banden' bestaan tussen bedrijf X en MOPP. De enkele omstandigheid dat meerdere werknemers zouden zijn overgegaan naar MOPP zegt niet dat MOPP daarmee inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van werknemer. Derhalve dient MOPP niet te worden aangemerkt als opvolgend werkgever en zal bij de berekening van de vergoeding worden uitgegaan van een aanvang van het dienstverband op 1 november 2000.

Transitievergoeding

Vast staat dat partijen er niet in zijn geslaagd om de arbeidsovereenkomst van werknemer voor 1 januari 2020 te beëindigen. De kantonrechter oordeelt dat deze omstandigheid voor rekening en risico van MOPP komt, omdat werknemer al in mei 2019 bij brief verzocht heeft om zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen. Daarmee kreeg MOPP ruimschoots de tijd om het slapende dienstverband te beëindigen.

Niet is komen vast te staan dat MOPP zich heeft ingespannen om voor 2020 duidelijkheid te krijgen. De door MOPP aangevoerde omstandigheid dat zij niet de gehele transitievergoeding gecompenseerd zal krijgen komt eveneens voor haar risico. MOPP heeft er namelijk zelf voor gekozen om het dienstverband te laten slapen. De kantonrechter is van oordeel dat de transitievergoeding dient te worden berekend over de periode 1 november 2000 tot en met 28 augustus 2018, de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. De vergoeding wordt op grond hiervan vastgesteld op € 50.979 bruto.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:1037

Zaaknummer: 8521267 \ CV EXPL 20-14812

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: A.J. van Geen

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:668a BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Geschil tussen voormalig werkgever en werknemer over onder andere verlofsaldo, vakantiegeld, eindejaarsuitkering en afbetaling auto. Verrekening.*Feiten*

Op 2 september 2002 is werknemer bij de rechtsvoorganger van HVS Groep B.V. (hierna: HVS) in dienst getreden. HVS heeft op 8 mei 2018 een auto gekocht, die op naam van werknemer is gezet en door hem werd gebruikt. HVS betaalde de (onderhouds)kosten aan de auto en werknemer ontving een tankpas. Sinds 15 april 2019 is werknemer arbeidsongeschikt en op 27 juli 2019 heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst opgezegd. In deze procedure vordert werknemer betaling van achterstallig loon en vakantie-uren, alsmede de eindejaarsuitkering. HVS beroept zich op verrekening met de afbetalingskosten van de auto.

*Oordeel**Vorderingen werknemer*

De kantonrechter is van oordeel dat HVS onvoldoende heeft onderbouwd dat werknemer zich op 27 juli 2019 beter heeft gemeld. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst automatisch een betermelding oplevert. Nu werknemer de betermelding ook gemotiveerd heeft betwist, is deze betermelding niet vast komen te staan. Daarom kunnen ook geen vakantie-uren in mindering gebracht worden op het saldo. Het door werknemer gevorderde bedrag van € 6.628,26 bruto vanwege niet uitbetaalde vakantie-uren zal dus worden toegewezen. Ook de door werknemer gevorderde bedragen aan (pro rata) vakantiegeld en eindejaarsuitkering zullen worden toegewezen. HVS heeft erkend dat vakantiegeld over de maanden juni en juli betaald moet worden. Nu vaststaat dat werknemer ook in augustus 2019 nog in dienst was van HVS zal het vakantiegeld ook over die maand worden toegewezen. De eindejaarsuitkering is ook verschuldigd. HVS heeft betwist dat zij die pro rata dient te betalen, omdat zij het niet in de cao of arbeidsovereenkomst kan terugvinden. Nu werknemer de vindplaats heeft aangegeven, is die betwisting onvoldoende. Dat betekent dat HVS veroordeeld zal worden tot betaling van € 894,59 bruto en € 596,57 bruto.

Verrekening met autokosten

HVS doet een beroep op verrekening van haar tegenvordering(en) met hetgeen zij nog aan werknemer verschuldigd zou zijn. Partijen verschillen van mening over de hoogte van het nog

af te betalen bedrag voor de auto, omdat werknemer de reiskostenvergoeding als aflossing meetelt. De kantonrechter begrijpt de stellingen van werknemer aldus dat sprake is van verkapt loon en dat om die reden deze vergoeding ook bij ziekte verschuldigd is, hoewel werknemer tijdens zijn ziekte niet reisde. Dit verweer gaat niet op. Het enkele feit dat de vergoeding een aantal maanden is uitbetaald/niet is stopgezet, is onvoldoende om te kunnen spreken van gerechtvaardigd vertrouwen. Daarom moet werknemer nog een bedrag van € 7.046,70 aan HVS voldoen. Verder staat als onbetwist gesteld vast dat werknemer, voordat de auto in 2018 werd aangeschaft, een zakelijke auto reed, waarbij werknemer al zijn kosten bij HVS kon declareren. Deze werkwijze is na aanschaf van de auto in 2018 door HVS gecontinueerd. HVS is deze kosten, waaronder de brandstofkosten, altijd blijven betalen. De kantonrechter is daarom van oordeel dat werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat hij deze kosten mocht blijven declareren. Deze kosten zijn dan ook niet onverschuldigd betaald door HVS. De kantonrechter zal alleen de afbetalingskosten van de auto in mindering brengen op het bedrag dat HVS aan werknemer verschuldigd is.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 13-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:544

Zaaknummer: 8457519 \ CV EXPL 20-3809 \ 520 \ 40141

Rechters: E. Horsthuis

Advocaten: S.D. Nanhoe en P. Hoogendonk

Wetsartikelen: 7:628 BW en 6:127 BW

RECHTSPRAAK

Toekenning billijke vergoeding aan werknemster wegens ernstig verwijtbaar handelen van kinderopvang door schending van hoor en wederhoor in het onderzoek naar aantijgingen wegens grensoverschrijdend (seksueel) gedrag waarop de arbeidsovereenkomst reeds is ontbonden.*Feiten*

Werknemster is op 1 november 2017 in dienst getreden van KinderRijk in de functie van manager bedrijfsvoering. KinderRijk is een organisatie die kinderopvang biedt. KinderRijk staat onder leiding van een raad van bestuur (RvB) die tot 11 september 2019 bestond uit mevrouw X. In haar hoedanigheid van bestuurder legde mevrouw X verantwoording af aan de raad van toezicht (RvT). Werknemster vormde onder meer met mevrouw X het managementteam (MT). Eind 2018/begin 2019 zijn er elf meldingen gedaan bij de externe vertrouwenspersoon van KinderRijk. Op 21 maart 2019 is er een gesprek geweest tussen de RvT, de melders en de vertrouwenspersoon. In een daarvan opgesteld gespreksverslag staat onder meer dat veel respectloos gedrag werd gezien van mevrouw X en MT-leden, vooral van werknemster. Werknemster wordt 'een bron van ellende' genoemd en zij zou 'Me Too-gedrag' vertonen. Verder staat in het verslag dat werknemster onbegrensd is in gedrag en omgangsvormen en zo maar door de gang kan gillen 'of er nog wat te neuken valt'. Naar aanleiding van de meldingen heeft de RvT mevrouw X opdracht gegeven nader onderzoek te laten doen. Mevrouw X heeft een externe organisatieadviseur ingeschakeld. In de periode van juli tot september 2019 heeft de externe organisatieadviseur 35 gesprekken gevoerd, waarvan elf met (oud-)medewerkers van het serviceteam, 21 locatiemanagers, leden van de ondernemingsraad en leden van de RvT. Op 20 augustus 2019 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de externe organisatieadviseur, mevrouw X en werknemster. Tijdens dit gesprek is werknemster op non actief gesteld op basis van beschuldigingen van seksuele intimidatie, seksuele toespelingen, intimidatie, bedreiging en agressief en onfatsoenlijk taalgebruik. KinderRijk heeft in eerste aanleg verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werknemster heeft geconcludeerd tot afwijzing van het ontbindingsverzoek. Voor het geval het ontbindingsverzoek zou worden toegewezen, heeft werknemster onder meer verzocht aan haar de transitievergoeding en een billijke vergoeding toe te kennen. De kantonrechter heeft onder meer geoordeeld dat werknemster verwijtbaar heeft gehandeld en heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden. KinderRijk is veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding. De overige verzoeken van werknemster zijn afgewezen. Werknemster verzoekt het hof de beschikking van de kantonrechter te vernietigen en

KinderRijk te veroordelen tot onder meer betaling van een billijke vergoeding.

Oordeel

Verwijtbaar handelen of nalaten werkneemster

KinderRijk heeft aan haar ontbindingsverzoek wegens verwijtbaar handelen of nalaten naast buitensporige tijdsbesteding aan privé zaken tijdens werktijd, grensoverschrijdend gedrag richting onder anderen collega's ten grondslag gelegd. Het hof heeft geen reden eraan te twifelen dat eind 2018/begin 2019 onder meer serieuze meldingen zijn gedaan over werkneemster over grensoverschrijdend gedrag. Deze meldingen zijn door de melders via de vertrouwenspersoon en de externe organisatieadviseur aan KinderRijk kenbaar gemaakt. De meldingen zien op specifieke situaties en zijn afkomstig van elf mensen die werk(t)en binnen verschillende onderdelen van KinderRijk. Ook in de WhatsApp-groep heeft werkneemster kwalijke uitlatingen gedaan. Bij dit alles is ook van belang dat werkneemster een leidinggevende functie had. Werkneemster heeft haar gedrag gemanifesteerd richting ondergeschikten en in de WhatsApp-groep richting het RvT. Daarmee heeft werkneemster fatsoensnormen overtreden en zich ver buiten de grenzen van het toelaatbare begeven. Dit grensoverschrijdende gedrag is aan te merken als zodanig verwijtbaar handelen van werkneemster dat van KinderRijk niet kon worden geveerd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Dat betekent dat de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg op goede grond is ontbonden.

Ernstig verwijtbaar handelen KinderRijk

Werkneemster heeft verschillende omstandigheden aangedragen die volgens haar maken dat KinderRijk ernstig verwijtbaar jegens haar heeft gehandeld. Het hof overweegt als volgt. Gesteld noch gebleken is dat werkneemster was voorbereid op het gesprek van 20 augustus 2019. Dit klemt temeer nu de aantijgingen aan het adres van werkneemster, onder meer verdenking van seksuele intimidatie, zeer serieus waren. Hierdoor is werkneemster onvoldoende in de gelegenheid gesteld zich in het gesprek tegen deze aantijgingen te verweren. Bovendien is werkneemster dezelfde dag vanwege die verdenkingen op non-actief gesteld. Werkneemster heeft op de zitting in hoger beroep verklaard dat mevrouw X kort daarna een aantal medewerkers in het team van werkneemster telefonisch heeft medegedeeld dat werkneemster op non-actief was gesteld en om welke reden en dat mevrouw X deze mededeling heeft herhaald op 25 augustus 2019 tijdens een personeelsbijeenkomst waar ongeveer 40 mensen aanwezig waren. Verder is het rapport van de externe organisatieadviseur op 10 september 2019 door mevrouw X binnen KinderRijk verspreid. In het rapport wordt onder meer melding gemaakt van de op non-actiefstelling van een MT-lid vanwege ernstige klachten. Het hof acht dit onzorgvuldig aangezien het onderzoek daarnaar nog gaande was. Bovendien heeft werkneemster pas op 13 september 2019 van dit rapport kennis kunnen nemen. Vast staat dat de externe organisatieadviseur en/of KinderRijk vóór 20 augustus 2019 nooit enige klacht met werkneemster heeft gedeeld. Ook staat vast dat aan werkneemster nooit concreet is gemaakt waarop de over haar geuite klachten precies zagen.

Daarmee is het onderzoek van de externe organisatieadviseur niet transparant geweest. Verder acht het hof het onbegrijpelijk dat KinderRijk ervoor heeft gekozen mevrouw X nader onderzoek naar werknemster te laten doen. Mevrouw X lag immers zelf ook onder vuur. Door deze handelwijze heeft KinderRijk werknemster op grove wijze de kans ontnomen haar kant van het verhaal te doen. Dat is in strijd met elementaire beginselen van hoor en wederhoor. Deze gang van zaken is kwalijk en is KinderRijk ernstig aan te rekenen. Door de handelwijze van KinderRijk is werknemster in haar persoonlijke integriteit aangetast. Het hof acht daarom een billijke vergoeding van € 10.000 op zijn plaats.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:27

Zaaknummer: 200.276.544/01

Rechters: T.S. Pieters, G.C. Boot en A.C.M. Kuypers

Advocaten: C.L. Kock en I.H.M. der Francken-Van Ven

Wetsartikelen: 7:658c BW, 7:673 BW, 7:683 BW, 7:671b BW en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

Werkgever is vaag in verwijten aan het adres van werknemster. Disfunctioneren niet gebleken. Verstoorde arbeidsverhouding slechts in enige mate. Ontbinding afgewezen.*Feiten*

Werknemster is sinds 1 oktober 2000 krachtens arbeidsovereenkomst in dienst van Stichting Wonen Plus voor 32 uur per week in de functie van persoonlijk begeleider. In december 2008 heeft Wonen Plus in een gesprek over diverse aandachtspunten in het functioneren van werknemster haar een coachingtraject aangeboden, van welk aanbod werknemster geen gebruik heeft gemaakt. In mei 2012, nadat in de optiek van Wonen Plus reeds sinds maart 2011 verbetering is opgetreden in het functioneren, heeft Wonen Plus wederom een coachingtraject aan werknemster aangeboden, dat volgens Wonen Plus resultaat lijkt te hebben. In 2018 heeft nogmaals een coachingtraject plaatsgevonden. In januari 2019 heeft Wonen Plus besloten werknemster per 1 februari van dat jaar naar een andere locatie over te plaatsen omdat in de optiek van Wonen Plus verbetering uitbleef. Op 16 juni 2020 heeft werknemster een gesprek gevoerd met haar leidinggevende waarbij Wonen Plus een voorstel heeft gedaan om tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen. Tijdens de slaapdienst in de nacht van 14 op 15 oktober 2020 heeft werknemster de afstandsbediening van de tv tegen de interne regels bij zich gehouden zodat de bewoners pas vanaf 07.00 uur tv konden kijken in plaats van (volgens afspraak) vanaf 06:00 uur. Naar aanleiding van dat incident heeft bestuurder een gesprek met haar gehad op 26 oktober 2020 en werknemster te kennen gegeven de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen. Onderhandelingen hebben in de weken daarna niet tot overeenstemming geleid. Wonen Plus verzoekt ontbinding van arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren of een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Het gestelde disfunctioneren is onvoldoende onderbouwd. In wezen is het enige concrete voorbeeld dat Wonen Plus in dit kader heeft aangevoerd het incident met het op ongeoorloofde wijze onder zich houden van een tv-afstandsbediening. Dat betreft zoals gezegd een incident en kan de conclusie dat sprake is van disfunctioneren niet dragen. Het enige andere voorbeeld dat Wonen Plus te berde brengt is een e-mail van werknemster d.d. 20 juni 2016, waaruit volgens Wonen Plus een 'onprofessionele houding' blijkt. Zonder nadere toelichting op inhoud en context, die Wonen Plus niet geeft, valt niet in te zien hoe dat bericht blijkt geeft van een onprofessionele houding laat staan van disfunctioneren. Voor het overige blijven de verwijten aan het adres van werknemster steken in vaagheden als 'de

communicatie kan beter' of 'ze houdt zich niet aan afspraken' (welke precies?), 'er zijn conflicten met collega's', 'ze is soms te impulsief' (hoe dan?) en 'gaat over de grens heen' (welke grenzen precies en hoe dan?), maar duidelijk wordt het er allemaal niet op en als onderbouwing van een gesteld disfunctioneren kan het daardoor niet dienen. Bovendien vloeit uit de wet in combinatie met vaste jurisprudentie ter zake voort, dat van een goed werkgever verwacht mag worden dat hij een werknemer, die in de optiek van die werkgever niet (meer) naar behoren zijn functie uitoefent, in de gelegenheid stelt zijn functioneren te verbeteren en daartoe een verbetertraject opstelt, met haalbare doelen en daarbij behorende deadlines, en – niet in het minst – een gedegen verslaglegging daarvan. In het onderhavige geval ontbreekt het daar geheel aan. Deze grondslag voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst is derhalve in deze procedure tussen partijen niet vast komen te staan. Ten aanzien van de g-grond kan weliswaar worden geconcludeerd dat in enige mate sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, maar dat die verstoring dermate ernstig is dat van Wonen Pus niet gevergd kan worden deze te laten voortduren, is naar het oordeel van de kantonrechter in deze procedure niet gebleken. Ook de cumulatiegrond kan Wonen Plus in haar verzoek geen soelaas bieden. Gelet op bovenstaande overwegingen dient het verzoek te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:1114

Zaaknummer: 8938616 AZ 20-147

Rechters: G.M. Drenth

Advocaten: M. Stroes en R. Schoonbrood

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

RECHTSPRAAK

Werknemer handelt in strijd met goed werknemerschap door het ter beschikking stellen van offertes – waarin de werkzaamheden bijna woordelijk zijn overgenomen van de offertes van werkgever en lagere bedragen zijn genoemd – aan zijn nieuwe werkgever, die vervolgens deze door werkgever negen jaar lang uitgevoerde opdracht verwerft.*Feiten*

Werkgever adviseert ondernemingen en instanties over alle aspecten van ondergrondse infrastructuur. Voor bedrijf X verrichtte werkgever een aantal jaren op rij werkzaamheden op het gebied van coördinatie en facilitering van kwartaalinspecties voor leidingeigenaren. Werknemer is van 1 februari 2010 tot 1 maart 2019 in dienst geweest van werkgever. Zijn laatste functie was die van projectleider voor de werkzaamheden voor bedrijf X. In de arbeidsovereenkomst van werknemer is een geheimhoudingsbeding opgenomen. Werknemer heeft bij brief van 20 december 2018 zijn arbeidsovereenkomst met werkgever opgezegd tegen 1 maart 2019. Met ingang van die laatste datum is hij in dienst getreden bij bedrijf Z in de functie van projectmanager. Werknemer heeft op 22 januari 2019 een e-mailbericht verzonden aan de directeur van bedrijf Z met als bijlagen drie offertes, gesteld op naam en briefpapier van bedrijf Z, gericht aan bedrijf X uitgebracht voor enkele werkzaamheden met bedragen ter hoogte van € 5.954, € 4.089 en € 2.060. Op deze offertes staat telkens vermeld: 'Opgesteld door [werknemer]'. In een e-mailbericht van 22 januari 2019 schrijft de directeur van bedrijf Z aan bedrijf X: 'Inmiddels heb ik 3 aanvragen van jullie ontvangen via werknemer. Zoals je wel vernomen zult hebben zal werknemer per 1 maart 2019 bij ons in dienst treden. Ik begreep van werknemer dat jullie deze werkzaamheden graag met hem willen "meeverhuizen", waarvoor onze welgemeende dank. Hierbij sturen wij daarom onze offertes voor de met werknemer besproken werkzaamheden.' Dit zijn dezelfde drie offertes aan bedrijf X, op briefpapier van bedrijf Z, tot bedragen van € 5.954, € 4.089 en € 2.060 exclusief btw. Daarop staat vermeld: 'Opgesteld door directeur van [bedrijf Z]'. Werknemer heeft namens werkgever bij e-mailbericht van 23 januari 2019 aan bedrijf X offertes uitgebracht voor dezelfde werkzaamheden ter hoogte van € 6.920, € 4.700 en € 2.300. Op 28 januari 2019 heeft bedrijf X aan werkgever laten weten dat het besloten had met een andere partij in zee te gaan. Het is werkgever daarna gebleken dat dat bedrijf Z was. Bedrijf Z heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer tijdens de proeftijd op 11 maart 2019 beëindigd tegen 31 maart 2019. Werkgever vordert dat de kantonrechter werknemer veroordeelt aan hem een bedrag van € 13.920 te betalen primair wegens schending van het geheimhoudingsbeding en subsidiair wegens onrechtmatig handelen dan wel handelen in strijd met goed werknemerschap.

*Oordeel**Onrechtmatig handelen en strijd met goed werknemerschap*

Vanzelfsprekend stond het bedrijf X vrij aan bedrijf Z een prijsopgave te vragen. Die kwestie is ook niet in geschil. In dit geval heeft bedrijf Z echter, zo blijkt uit de brief van haar directeur, via werknemer het verzoek gekregen een prijsopgave te doen. Uit het e-mailbericht van diezelfde directeur blijkt dat hij van werknemer heeft begrepen dat het de wens van bedrijf X was dat werknemer de werkzaamheden zou blijven uitvoeren, vanuit bedrijf Z. Werknemer heeft dus aan bedrijf X kenbaar gemaakt dat hij zou vertrekken bij werkgever om te gaan werken bij bedrijf Z, zoals hij overigens ook erkent. Op zichzelf is daaraan nog niets verwijtbaars. Dat verandert echter wanneer werknemer vervolgens, in de wetenschap van die wens van bedrijf X, de gunning van de opdracht 'regisseert' door de door werkgever uit te brengen offertes, waar het de werkzaamheden betreft, bijna woordelijk over te nemen en, waar het de prijzen betreft, lagere bedragen te noemen, en die offertes vervolgens per e-mailbericht aan bedrijf Z ter beschikking te stellen. Daarmee heeft hij ten nadele van werkgever met gebruikmaking van zijn wetenschap van de wens van bedrijf X, toen nog een klant van werkgever, misbruik gemaakt van zijn kennis van de door werkgever geoffreerde prijzen. Daardoor heeft hij gehandeld in strijd met de strekking van het geheimhoudingsbeding en is hij tekortgeschoten in zijn verplichting zich als goed werknemer te gedragen ten opzichte van, toen nog, zijn werkgever. Of werknemer al dan niet persoonlijk voordeel heeft genoten is niet relevant. Het prijsverschil van ongeveer 13% tussen de offertes van werkgever en bedrijf Z is zeker niet verwaarloosbaar te noemen en zal zeker van invloed zijn geweest op de gunning van de opdracht aan bedrijf Z.

Aansprakelijkheid voor en omvang van de schade

Wie toerekenbaar tekortschiet, is gehouden de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden (art. 6:74 BW). Duidelijk is dat het tekortschieten werknemer is toe te rekenen. Werknemer bestrijdt het causaal verband tussen zijn handelen en de door werkgever gestelde schade. In deze zaak is de vraag dus of werkgever ook schade zou hebben geleden wanneer werknemer niet was tekortgeschoten. Als werknemer zich wel als goed werknemer had gedragen had bedrijf Z ofwel geen verzoek om prijsopgave gekregen ofwel 'op eigen kracht' moeten offreren, zonder de hulp van werknemer, die wist welke tarieven werkgever ging offreren. In beide gevallen had werkgever dan een kans op het verkrijgen van de opdracht gehad. Die kans heeft hij nu niet gehad. Zijn schade bestaat in de gemiste kans. Daarmee is het causale verband tussen tekortkoming en schade gegeven. Deze schade valt aan de tekortkoming van werknemer toe te rekenen in de zin van artikel 6:98 BW, mede gezien de aard van de tekortkoming van werknemer en de aard van die schade, namelijk vermogensschade. Het antwoord op de vraag of werkgever de opdracht zonder de tekortkoming van werknemer zou hebben gekregen moet tot uitdrukking komen in de bepaling van de grootte van die kans, dus in de schadeberekening. De grootte van de kans dat werkgever de opdracht van bedrijf X zou hebben gekregen hangt af van verschillende factoren. Zo is daar de omstandigheid dat hij negen jaar op rij de opdracht had gehad en die steeds tot tevredenheid had uitgevoerd, voorts

de omstandigheid dat niet zeker is of er nog één of meer 'kapers op de kust' waren, de mogelijkheid dat bedrijf Z ook zónder de informatie van werknemer lager zou hebben geoffreerd, terwijl ook bepalend zou hebben kunnen zijn hoe sterk de keuze van bedrijf X voor juist werknemer was bij mogelijk hogere geoffreerde tarieven. De kantonrechter taxeert de grootte van de kans dat werkgever de opdracht zou hebben gekregen, rekening houdend met deze, onzekere, factoren, op 75%. De kantonrechter zal het bedrag van de schade moeten schatten. Die schatting zal noodgedwongen terughoudend moeten zijn. Maar dat is, bij gebreke van voldoende harde gegevens, de aangewezen weg. De kantonrechter schat de schade van werkgever op 75% van 25% van € 13.920, een bedrag van € 2.610. Dat bedrag is toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:952

Zaaknummer: 8140008

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: A.C. Steensma en C. Cimen

Wetsartikelen: 7:653 BW, 6:74 BW en 6:98 BW

RECHTSPRAAK

Gemeente staakt de loonbetaling aan een ambtenaar die ziek is geweest, maar hersteld is. Artikel 7:629 BW biedt daarvoor geen grondslag. Wedertewerkstelling in het eigen werk, in het eigen team.*Feiten*

Werknemer is met ingang van 1 januari 2019 door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente X (hierna: de gemeente) aangesteld in de functie van beleidsadviseur WWR bij het WWR-team. Tijdens een gesprek op 9 september 2019 met zijn toenmalige domeinmanager over de problematische dynamiek in het WWR-team, heeft werknemer zich ziek gemeld. Door de bedrijfsarts is hij op 22 oktober 2019 volledig arbeidsongeschikt geoordeeld. Bij brief van 8 september 2020 deelde bedrijfsarts mee dat vanaf 21 september 2020 naar het volledige aantal uren per week (36) kon worden uitgebreid. Blijkens het 'inzetbaarheidsprofiel' van 8 september 2020 zag de bedrijfsarts geen medische beperkingen meer. In de gesprekken van 5, 12, 19 en 26 oktober 2020 zijn partijen niet dichterbij elkaar gekomen over de terugkeer van werknemer in het WWR-team. Werknemer heeft geen werk binnen het VTH-team willen verrichten. Hij heeft er bij de gemeente op aangedrongen dat in het personeelssysteem zou worden verwerkt dat hij volledig hersteld is. Daartoe heeft A niet willen overgaan. Bij e-mail van 19 oktober 2020 heeft A aan werknemer opgedragen de werkzaamheden in het VTH-team met onmiddellijke ingang te gaan verrichten en hem in het vooruitzicht gesteld dat salarisbetaling zal worden gestaakt over de uren dat hij die werkzaamheden niet verricht. Over de periode vanaf 1 november 2020 heeft de gemeente geen loon aan werknemer meer betaald. Partijen twisten over de vraag of werknemer over de periode vanaf 1 november 2020 recht heeft op betaling van het overeengekomen loon en of de gemeente hem weer moet toelaten tot het verrichten van zijn werk als beleidsadviseur in het team Duurzaamheid.

Oordeel

Nu het hier gaat om – een beperking van – de loondoorbetalingsverplichting tijdens de eerste twee ziektejaren, komt het er bij de vraag die in dit geding moet worden beantwoord op aan of werknemer in de periode vanaf 1 november 2020 nog (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt was, dus in verband met 'ongeschiktheid wegens ziekte' verhinderd was om de bedongen arbeid te verrichten. Anders dan de gemeente heeft betoogd, was van arbeidsongeschiktheid op dat moment geen sprake meer, zodat ook voor een sanctie geen plaats meer was. Indien de gemeente zich met het medische oordeel van de bedrijfsarts niet kon verenigen, had het op haar weg gelegen om een deskundigenoordeel bij het UWV te vragen. Dat heeft zij niet

gedaan. Nu het er daarom in dit kort geding voor moet worden gehouden dat werknemer inmiddels volledig hersteld was, behoefde hij zijnerzijds bij dagvaarding geen deskundigenverklaring te overleggen. De kantonrechter heeft zich – ambtshalve – nog de vraag gesteld of de gemeente mogelijk een andere rechtsgrond zou kunnen hebben om werknemer het loon vanaf 1 november 2020 niet te betalen. Deze rechtsgrond is er niet. Indien een werkgever de werknemer niet toelaat tot het verrichten van de bedongen arbeid, hem schorst of op non-actief stelt, staat dat aan de loonbetalingsplicht niet in de weg, óók niet als de werknemer aanleiding zou hebben gegeven tot die maatregel. Hetzelfde geldt als er volgens de werkgever reden is om aan de werknemer niet langer de bedongen arbeid, maar passende andere arbeid op te dragen. Indien partijen over een dergelijke wijziging van de bedongen arbeid geen overeenstemming bereiken, kan bijvoorbeeld – als er klachten zijn over zijn functioneren – aan de hand van een verbeterplan een functioneringstraject worden gestart. Dat is hier niet gebeurd. Het partijdebat over de vakantie die werknemer eind vorig jaar zonder voorafgaande toestemming van A heeft opgenomen, maakt het voorgaande niet anders. De kantonrechter wijst op het bepaalde in artikel 7:638 lid 2 BW, waarin het uitgangspunt bij de vaststelling van vakantie is dat de werkgever zich richt naar de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Dergelijke gewichtige redenen heeft de gemeente niet aangevoerd. A wilde niet aan de verlofwens van werknemer tegemoet komen, omdat er volgens hem eerst moest zijn gestart met de opgedragen werkzaamheden, althans overeenstemming moest zijn bereikt over werkhervatting in het VTH-team alvorens werknemer verlof mocht opnemen. Dat is – nog afgezien van de stelling van werknemer ter zitting dat hij vakantiedagen moest opnemen om te voorkomen dat ze zouden vervallen – geen gewichtige reden in de zin van artikel 7:638 lid 2 BW. Op grond van het voorgaande is de loonvordering van werknemer toewijsbaar. Voor een matiging van de gevorderde wettelijke verhoging wegens de te late betaling van het loon ziet de kantonrechter geen reden. Op de gemeente rust, als goed werkgever, in beginsel de verplichting werknemer in de gelegenheid te stellen dat werk te hervatten. Zij mag hem die gelegenheid slechts onthouden als zij daarbij een redelijke grond en een – vanwege het belang van werknemer bij werkhervatting – zwaarwegend belang heeft. Dat zwaarwegende belang heeft de gemeente in dit kort geding niet aannemelijk gemaakt. Ook de vordering tot wedertewerkstelling wordt daarom toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 05-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:367

Zaaknummer: 9007013 UV21-25 LH/1040

Rechters: P. Krepel

Advocaten: S.M.M. Teklenburg en E.M. Hofkes

Wetsartikelen: 6:728 BW en 6:729 BW

RECHTSPRAAK

Vordering op grond van onrechtmatige daad van werknemer kan niet los worden gezien van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Verwijzing naar kantonrechter.*Feiten*

Werknemer vordert onder meer dat de rechtbank bij vonnis voor recht verklaart dat C. Steinweg - Handelsveem B.V. (hierna: Steinweg) jegens werknemer een onrechtmatige daad heeft begaan door geen, althans geen afdoende maatregelen te treffen tegen de pesterijen en discriminatie op de werkvloer richting werknemer als gevolg waarvan werknemer materiële en immateriële schade heeft geleden en Steinweg te veroordelen om aan werknemer een schadevergoeding van € 900.000 te betalen.

Oordeel

Niet in geschil is dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, die inmiddels door de kantonrechter is ontbonden. Uit artikel 93 aanhef en onder c Rv volgt dat de kantonrechter beslist over zaken betreffende, onder meer, arbeidsovereenkomsten. De term 'betreffende' moet ruim worden uitgelegd en behelst meer dan vorderingen die zijn oorsprong hebben in een van de in dit artikel genoemde overeenkomsten. Ook vorderingen die verband houden met en niet los gezien kunnen worden van het (hebben) bestaan van een arbeidsovereenkomst, zijn vorderingen 'betreffende' een arbeidsovereenkomst. In deze zaak heeft werknemer een vordering op grond van onrechtmatige daad ingesteld. De stellingen die werknemer aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, worden onderbouwd met feiten en omstandigheden die zien op de situatie op de werkvloer ten tijde van het destijds tussen hem en Steinweg bestaande dienstverband. De vorderingen van werknemer strekken tot vergoeding van de door hem geleden schade, als gevolg van de beweerdelijke onrechtmatige gedragingen van Steinweg in die periode. De rechtbank is van oordeel dat de vorderingen van werknemer, die zijn gegrond op onrechtmatige daad, verband houden met, en niet los kunnen worden gezien van, de (ontbonden) arbeidsovereenkomst. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van werknemer een onderwerp betreffen dat door de kantonrechter wordt behandeld, ongeacht het beloop of de waarde van de vordering. Daarom zal de zaak worden verwezen naar de kamer voor kantonzaken van deze rechtbank.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:921

Zaaknummer: C/10/590339 / HA ZA 20-97

Rechters: M. de Geus

Advocaten: J.G. Roethof en D.J. van der Kolk

Wetsartikelen: 93 Rv

RECHTSPRAAK

De in artikel 7:670 lid 1 onder b BW genoemde, op de UWV-procedure toegespitste, uitzondering op het opzegverbod blijft niet onverkort van toepassing bij een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter, nadat eerder toestemming door het UWV is onthouden.

Feiten

Werkgever is een bedrijf dat zich bezighoudt met onder meer standbouw. Werknemer is per 1 september 2008 als standbouwer in dienst getreden bij werkgever. Werkgever is sinds het uitbreken van de coronacrisis geconfronteerd met het wegvallen van de standbouwactiviteiten, omdat de evenementen waarvoor zij stands bouwde geen doorgang hebben gevonden. Werkgever heeft in verband hiermee op 22 juni 2020 een ontslaanvraag met betrekking tot werknemer bij het UWV ingediend. Werknemer heeft verweer gevoerd. Bij beslissing van 1 oktober 2020 heeft het UWV de ontslaanvraag afgewezen. Het UWV heeft de slechte financiële positie van werkgever aannemelijk geacht, maar heeft desondanks geen toestemming voor het ontslag van werknemer verleend. Op 13 oktober 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkgever en werknemer. Werknemer heeft zich op 14 oktober 2020 ziekgemeld. De bedrijfsarts acht werknemer voorsnog arbeidsongeschikt door ziekte. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van primair verval van arbeidsplaats en subsidiair op grond van een verstoorde verhouding. Werknemer voert verweer. Daarbij betwist hij de door werkgever aangevoerde a-grond niet, de g-grond wel. Verder voert werknemer in het kader van zijn verweer aan dat hij ziek was op het moment van het indienen van het verzoekschrift, er daarom een ontslagverbod geldt en dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst om die reden niet kan worden ingewilligd.

*Oordeel**Verval van arbeidsplaats*

Aangezien werknemer het door werkgever gestelde niet heeft betwist, gaat de kantonrechter uit van de juistheid daarvan. Op grond hiervan is er geen aanleiding om het verzoek van werkgever op de a-grond niet te honoreren. De arbeidsongeschiktheid van werknemer kan ontbinding van de arbeidsovereenkomst echter wel in de weg staan. Alvorens daarop in te gaan zal de kantonrechter eerst de subsidiair door werkgever aangevoerde g-grond beoordelen.

Verstoorde arbeidsverhouding

Werkgever stelt dat werknemer in de procedure bij het UWV een volstrekt onjuist beeld geschetst heeft van de situatie bij werkgever. Verder heeft werknemer volgens werkgever op 9 september 2020 een initiatief tot vermindering van uren genomen en aan werkgever te kennen gegeven dat hij instemde met vermindering naar 20 uur per week. Maar een dag later heeft hij die instemming weer ingetrokken. Ook de omstandigheid dat werknemer zich heeft ziek gemeld nadat werkgever kenbaar had gemaakt een ontbindingsprocedure te starten draagt volgens werkgever bij aan het geschonden vertrouwen. Werknemer heeft deze verwijten weersproken. De kantonrechter is van oordeel dat niet is gebleken dat werknemer bewust onwaarheden heeft verkondigd in de procedure bij het UWV. De kantonrechter laat daarbij nog in het midden in hoeverre een werknemer die strijdt voor behoud van zijn baan een in dat kader gevoerd verweer kan worden tegengeworpen en in hoeverre dat kan worden aangewend als onderbouwing voor een verstoorde verhouding. Voor wat betreft de gang van zaken rond de urenvermindering geldt dat werknemer een van werkgever afwijkende lezing heeft gegeven, zodat de juistheid van dit verwijt niet vaststaat. Daarenboven geldt dat urenvermindering voor een werknemer ingrijpende gevolgen kan hebben. Indien een werknemer in gesprekken daarover een mogelijk 'zwalkende' houding vertoont, mag daaraan niet te snel een vertrouwensbreuk worden ontleend. Kortom, hetgeen werkgever aan het verzoek om ontbinding op de g-grond ten grondslag heeft gelegd is onvoldoende om dit verzoek te honoreren.

Het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid

Werknemer heeft zich ziek gemeld op 14 oktober 2020. Het ontbindingsverzoek van werkgever is op 27 november 2020 door de rechtbank ontvangen, derhalve na het intreden van de arbeidsongeschiktheid. Uit artikel 7:671b lid 7 BW volgt dat het opzegverbod wegens ziekte alleen niet geldt als de ziekte is aangevangen na ontvangst door de kantonrechter van het ontbindingsverzoek. De kantonrechter volgt werkgever niet in zijn stelling dat het opzegverbod in de ontbindingsprocedure niet geldt, indien deze is voorafgegaan door een UWV-procedure waarin evenmin een opzegverbod gold, zoals werkgever afleidt uit artikel 7:671b lid 2 BW, waarin wordt verwezen naar artikel 7:670 lid 1 onder b BW. Dit argument ziet eraan voorbij dat de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter een zelfstandige procedure is die niet op zodanige wijze kan worden vereenzelvigd met de UWV-procedure dat de in artikel 7:670 lid 1 aanhef en onder b BW genoemde, op de UWV-procedure toegespitste, uitzondering op het opzegverbod onverkort van toepassing blijft bij een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter, nadat eerder toestemming door het UWV is onthouden. Anders dan werkgever ziet de kantonrechter geen grond om de bewoordingen in artikel 7:671b lid 2 BW '*en er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 670 (...) gelden*' aldus op te vatten dat er in de ontbindingsprocedure geen opzegverbod geldt indien dit tijdens de UWV-procedure ook niet het geval was. Verder kan daar tegenover worden gesteld dat bij het volgen van het standpunt van werkgever een werknemer die in de bedoelde tussenperiode arbeidsongeschikt door ziekte wordt zonder dat daarbij enige relatie met het voorgenomen ontslag is, van de hem toekomende (ontslag)bescherming bij ziekte zou zijn verstoken. Het wettelijk systeem met betrekking tot de bescherming van arbeidsongeschikte werknemers biedt naar het oordeel van

de kantonrechter zonder een uitdrukkelijke andersluidende regeling onvoldoende grondslag voor een zo vergaand gevolg. Het verzoek van werkgever wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 05-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:385

Zaaknummer: 8899135 / AR VERZ 20-88

Rechters: R. Giltay

Advocaten: D.C.J. Bogerd en M.H.J. Miltenburg

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub a BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:670 BW en 7:671b BW