

is de vraag of de werknemer uiteindelijk daadwerkelijk te maken zou krijgen met een uitkeringsgat (tussen 78 en 104 weken). De Verordening 987/2009/EG betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels voorziet in een 'samentelling van tijdvakken', hetgeen betekent dat de tijdvakken van verzekering, arbeid of wonen die vervuld zijn onder de wetgeving van één lidstaat, in aanmerking kunnen worden genomen in een andere lidstaat voor zover dat nodig is om recht te hebben op een uitkering. Het lijkt dat de werknemer dit (hypothetische) standpunt heeft ingenomen als onderbouwing van zijn te lijden schade in de toekomst zonder hier zorgvuldig onderzoek naar te hebben gedaan. Kortom, dit betekent dat de schade van de werknemer beperkt blijft tot het verlies van aanspraak op zorgtoeslag, aftrek van hypotheekrente en deelname aan de pensioenregeling Stipp.

18. Juist in het geval van een grensoverschrijdende overgang van onderneming meen ik dat de informatieplicht van de werkgever verder reikt dan alleen de mededeling dat de werknemer aanspraak kan blijven houden op zijn oude voorwaarden nu het totaalplaatje veel ruimer is. Uit hoofde van art. 7:665a BW behoort een werkgever de werknemer te informeren over de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang waardoor een werknemer weloverwogen de keuze kan maken mee over te gaan. Dat er sprake is van (aanmerkelijke) sociale gevolgen spreekt voor zich bij een permanente tewerkstelling in een ander land. Mijns inziens is (in ieder geval een deel van) de schade die de werknemer in de beschreven casus lijdt/heeft geleden/gaat lijden, te herleiden naar het nalaten van zijn werkgever hem tijdig en volledig te informeren. Zoals reeds eerder aangegeven, volg ik het hof derhalve niet in het oordeel dat de nadelen zijn terug te voeren op het feit dat de werknemer zelf een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan nu deze keuze niet betekent dat er geen bescherming meer is van art. 7:663 BW. In dit kader ben ik van mening dat de werknemer niet zijn (oud-)werkgever maar Block in rechte had dienen te betrekken. Naar verwachting stond het Block niet vrij met de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst overeen te komen nu de reden voor wijziging harmonisatie lijkt te zijn geweest. In dat geval heeft een (nieuwe) arbeidsovereenkomst, ondanks ondertekening van de werknemer, geen rechtsgevolg, zoals onder andere bepaald is in het *Martin e.a./SBU*-arrest.⁵ Dat in deze casus de wens te harmoniseren, waarbij alle overgenomen werknemers onder hetzelfde Duitse arbeidsregime zouden komen vallen, een rol heeft gespeeld bij Block, is niet onwaarschijnlijk.

19. Kortom, ik meen dat de werknemer in deze zaak meer kans op succes gehad zou hebben indien hij allereerst niet de (oud-)werkgever, maar Block in rechte had betrokken. Zoals beschreven had hij, onder verwijzing naar art. 7:663 BW, naar verwachting behoud van zijn oude arbeidsvoorwaarden kunnen vorderen. Daarnaast zou betoogd kunnen worden dat er meer overgaat dan alleen de individuele arbeidsvoorwaarden. Zo is recentelijk in het *GOM*-arrest bepaald dat bij een overgang van onderneming alle rechten en verplichtingen overgaan waaronder ook de arbeidsvoorwaarde die betrekking heeft op het verplicht bedrijfspensioen, inclusief de verplichting om de vóór de overgang van onderneming onbetaald gelaten premies te betalen.⁶ Zouden er, met een verwijzing naar dit arrest, bijvoorbeeld mogelijkheden zijn geweest met betrekking tot behoud van de zorgtoeslag, hypotheekrente en deelname aan de pensioenregeling bij Stipp?

20. Verder had de werknemer bijvoorbeeld daarnaast (immateriële) schade kunnen vorderen van zijn (oud-)werkgever

op basis van schending van art. 7:665a BW jo. art. 7:611 BW. Hij had naar voren kunnen brengen dat zijn werkgever onheus heeft gehandeld door hem niet tijdig en volledig over de gevolgen van de gewijzigde, grensoverschrijdende arbeidssituatie te informeren. Hierbij had hij explicieter naar voren kunnen brengen dat hem ten onrechte de keuzemogelijkheid is onthouden om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met toepassing van art. 7:673 BW te verzoeken vanwege een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van hemzelf.

21. Op deze voorgaande wijze was de werknemer wellicht weggebleven uit de hoek waar vaker vorderingen van werknemers stranden, vanwege het ontbreken van causaal verband en/of doordat de (oude) arbeidsvoorwaarden bij de verkrijgende partij geldend kunnen worden gemaakt. Het toelichten van de (ruimere) reikwijdte van de informatieplicht in deze grensoverschrijdende casus, eventueel in combinatie met een beroep op de 'betamelijkheidsnorm' uit art. 7:611 BW, had de werknemer wellicht meer soelaas geboden.

F. Panis

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP

216
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 september 2016, nr. 200.192.307/01 ECLI:NL:GHSHE:2016:4046 (mr. Van Rijkom, mr. Cremers, mr. Henzen) Noot J.F. Dominicus
Bedrijfseconomisch ontslag. Herplaatsingsplicht. Uitwisselbare functies.
Ontslag werknemer ondanks vrijwillig vertrek van collega na ontslagdatum leidt niet tot schending herplaatsingsplicht ex art. 7:669 lid 1 BW.
[Ontslagregeling art. 11; BW art. 7:669 lid 3 onderdeel a, 7:683]

1395

Werknemer (geboren 1961) is op 1 april 1992 in dienst getreden van tante Louise, laatstelijk werkzaam als chef-kok. In verband met de stelselwijziging in de zorg (hervorming van de AWBZ en overdracht van verantwoordelijkheden van de rijksoverheid naar de gemeenten) heeft tante Louise een reorganisatie moeten doorvoeren. Werknemer is per 1 november 2015 ontslagen. Op 7 december 2015 meldt werkgever dat een andere chef-kok vrijwillig ontslag heeft genomen, zodat er weer formatieruimte vrij is gekomen. Een andere ontslagen werknemer wordt op grond van de wederindiensttreddingsregel teruggehaald. Volgens werknemer is het afspiegelingsbeginsel en herplaatsingsplicht verkeerd toegepast. Het hof oordeelt als volgt. Wat de stelling betreft dat de feitelijke werkzaamheden van collega's tot een andere afspiegeling zouden hebben geleid, oordeelt het hof dat het gaat om uitwisselbare functies en niet om wat werknemers kunnen of deden. Wat de herplaatsingsplicht betreft, staat de vraag centraal of de vrijgekomen formatieplaats in december wel of niet betrokken moet worden bij de herplaatsingsinspanning ex lid 1 van art. 7:669 BW. Het hof oordeelt dat in het vrijwillig vertrek van chef-kok 2 geen grond kan zijn gelegen om te oordelen dat werknemer voor een herplaatsing in aanmerking had moeten komen, ook niet indien zijn arbeidsovereenkomst conform het toepasselijk sociaal plan wel met inachtneming van de juiste opzegtermijn (met ingang van 1 december 2015)

5 HvJ EG 6-11-2003, «JAR» 2003/297.

6 ECLI:NL:HR:2016:2375.

zou zijn opgezegd. Op het moment waarop het vertrek van chef-kok 2 kwam vast te staan was de arbeidsovereenkomst met werknemer immers geëindigd. Dat op tanteLouise uit hoofde van het sociaal plan of de arbeidsovereenkomst een verdere (post-contractuele) verplichting rustte werknemer wederom in dienst te nemen is niet of onvoldoende gesteld.

[verzoeker],
wonende te [woonplaats],
verzoeker in hoger beroep,
hierna te noemen “[verzoeker]”,
advocaat: mr. W.H.C.N. van Beek te Breda,
tegen
Stichting tanteLouise,
gevestigd te [vestigingsplaats],
verweerster in hoger beroep,
hierna aan te duiden als “tanteLouise”,
advocaat: mr. R. van der Stap te Rotterdam.

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beschikking van de kantonrechter in de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats [vestigingsplaats], van 29 februari 2016.

2 Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het beroepschrift met het procesdossier van de eerste aanleg en producties, ingekomen ter griffie op 27 mei 2016, waarbij [verzoeker] zijn verzoek heeft gewijzigd en vermeerderd;
- het verweerschrift met producties, ingekomen ter griffie op 25 juli 2016;
- een faxbericht van de zijde van [verzoeker], ingekomen ter griffie op 3 augustus 2016, met één productie;
- de op 12 augustus 2016 gehouden mondelinge behandeling. Bij die gelegenheid zijn gehoord:
 - [verzoeker], bijgestaan door mr. W.H.N.C. van Beek;
 - namens tanteLouise mevrouw [P&O functionaris], (P&O functionaris), en [directeur bedrijfsvoering], (directeur bedrijfsvoering), bijgestaan door mr. R. van der Stap.
 - de ter zitting door de advocaat van [verzoeker] overgelegde pleitnota.

2.2. Het hof heeft daarna een datum voor beschikking bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

2.3. TanteLouise heeft geen bezwaar gemaakt tegen de wijziging en vermeerdering van het verzoek van [verzoeker]. Het hof ziet ook geen aanleiding deze wijziging en vermeerdering ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Recht zal worden gedaan op het gewijzigde verzoek.

3 De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

[verzoeker], geboren op [geboortedatum] 1961, is op 1 april 1992 in dienst getreden van tanteLouise. De laatste functie van [verzoeker] is die van chef-kok. De werkzaamheden worden verricht in de gemeente [vestigingsplaats].

In verband met de stelselwijziging in de zorg (hervorming van de AWBZ en overdracht van verantwoordelijkheden van de rijksoverheid naar de gemeenten) heeft tanteLouise een reorganisatie moeten doorvoeren. In overleg met de bonden is daartoe een sociaal plan opgesteld, waar drie van de vier betrokken

bonden hun goedkeuring aan hebben gegeven. De ondernemingsraad van tanteLouise heeft vervolgens positief geadviseerd over de voorgenomen maatregelen.

In het kader van de reorganisatie is het aantal arbeidsplaatsen voor chef-koks teruggebracht. Bij de beoordeling van de vraag welke chef-koks boventallig zouden worden heeft tanteLouise het afspiegelingsbeginsel gehanteerd per gemeente waarin zij vestigingen heeft. Peildatum voor de afspiegeling was de personeelssituatie per 1 januari 2015.

In [woonplaats] en in [vestigingsplaats] zijn arbeidsplaatsen voor chef-koks vervallen. Toepassing van het afspiegelingsbeginsel heeft ertoe geleid dat de heer [chef-kok 1] (in [woonplaats]) en [verzoeker] (in [vestigingsplaats]) boventallig werden. Op 4 februari 2015 is aan [verzoeker] medegedeeld dat zijn arbeidsplaats kwam te vervallen en dat hij per 1 mei 2015 boventallig zou worden verklaard.

Op een daartoe op 28 juli 2015 door het UWV ontvangen verzoek heeft het UWV, na door [verzoeker] gevoerd verweer, bij beslissing van 20 augustus 2015 aan tanteLouise toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] op te zeggen.

Bij brief van 21 augustus 2015 heeft [verzoeker] de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] opgezegd. De opzegtermijn voor [verzoeker] liep tot en met 30 november 2015. Desondanks heeft tanteLouise de arbeidsovereenkomst opgezegd met ingang van 1 november 2015, onder toezegging dat het verschuldigde loon over de periode van 1 november 2015 tot en met 30 november 2015 bij de eindafrekening zou worden uitbetaald.

Op 7 december 2015 heeft tanteLouise aan de collegae van [verzoeker] een bericht gestuurd met de navolgende inhoud:

“(…), [chef-kok 2] heeft mij gevraagd om jullie te informeren dat hij gebruik heeft gemaakt van de plaatsmakersregeling en vanaf 1 januari 2016 vrijgesteld is van werk.

Dit betekent dat er ruimte ontstaat in formatie chefkok; volgens het omgekeerd afspiegelen is [chef-kok 1] de chefkok die mag blijven. (...)”

Vanaf 1 januari zal [chef-kok 1] chefkok zijn in [vestigingsplaats].”

Met “[chef-kok 2]” wordt bedoeld de heer [chef-kok 2], “[chef-kok 1]” is de heer [chef-kok 1].

h) De functies van chef-kok en kok zijn niet uitwisselbaar in de zin van artikel 13 van de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding, verder te noemen “de Ontslagregeling”.

3.2.1. In de onderhavige procedure heeft [verzoeker] de kantonrechter – voor zover in hoger beroep nog relevant – onder meer verzocht om op straffe van verbeurte van een dwangsom de arbeidsovereenkomst met tanteLouise te herstellen met ingang van 1 november 2015, met doorbetaling van het loon vanaf 1 november 2015, vermeerderd met wettelijke rente en de wettelijke verhoging, dan wel tanteLouise te veroordelen tot betaling van € 50.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf het tijdstip van opeisbaarheid, alles met veroordeling van tanteLouise in de kosten van het geding.

3.2.2. Aan dit verzoek heeft [verzoeker], kort samengevat, ten grondslag gelegd dat een redelijke grond voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ontbreekt. [verzoeker] berust in de beslissing van de kantonrechter op het in eerste aanleg ook aangevoerde argument dat tanteLouise zou hebben gehandeld in strijd met een wederindiensttredingsvoorwaarde, zodat dat geschilpunt in hoger beroep niet langer aan de orde is.

3.2.3. TanteLouise heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

3.3. In de bestreden beschikking heeft de kantonrechter het verzoekte afgewezen en [verzoeker] verwezen in de kosten van het geding.

3.4. [verzoeker] heeft in hoger beroep drie grieven aangevoerd. Hij heeft geconcludeerd tot vernietiging van de beroepen beschikking en verzoekt in hoger beroep – na wijziging en vermeerdering van het verzoek – dat het hof bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, tanteLouise zal veroordelen om binnen 14 dagen na betekening van deze beschikking:

Primair, de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] te herstellen tegen de voorheen tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1000,= per dag dat tanteLouise daarmee in gebreke blijft, met een maximum van € 50.000,=;

Alsmede daarbij aan [verzoeker] te betalen een brutobedrag dat overeenstemt met het door [verzoeker] gemiste deel van zijn salaris over de periode tussen 1 december 2015 en de datum van herstel van de arbeidsovereenkomst, rekening houdend met de door [verzoeker] in deze periode ontvangen WW-uitkering en wachtgeldsuppleties;

Alsmede daarbij aan [verzoeker] te vergoeden de door hem in de periode tussen 1 november 2015 en de datum van herstel van de arbeidsovereenkomst misgelopen werkgeversbijdrage in zijn ouderdomspensioen;

Subsidiar, in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst aan [verzoeker] naast uitvoering van de wachtgeldregeling uit de cao VVT, te betalen een billijke vergoeding, ter hoogte van € 100.000,= bruto, dan wel een door het hof in goede justitie te bepalen bedrag;

Met veroordeling van tanteLouise in de kosten van de procedures in eerste aanleg en in hoger beroep.

3.5.1. Grief 1 is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter in r.o. 5.13 dat [verzoeker], tegen het gemotiveerde verweer van tanteLouise, onvoldoende met feiten en omstandigheden heeft onderbouwd dat hij op de peildatum 1 januari 2015 in de gemeente [vestigingsplaats] de enige persoon was die feitelijk chef-kok werkzaamheden verrichtte. De grief is aangevoerd naar aanleiding van het door [verzoeker] in eerste aanleg ingenomen standpunt dat het voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel van belang is wie welke werkzaamheden in de praktijk uitvoert. [verzoeker] heeft aangevoerd dat hij feitelijk als enige in [vestigingsplaats] de functie van chef-kok vervulde en dat daarom zijn collegae [chef-kok 3] en [chef-kok 2] ten onrechte in de afspiegeling zijn meegenomen, waardoor hij, [verzoeker], ten onrechte voor ontslag is voorgedragen.

3.5.2. Deze grief kan niet slagen. De noodzaak tot reorganiseren is door [verzoeker] niet aangevochten. In het kader van de reorganisatie heeft tanteLouise het nodig geacht om het aantal medewerkers dat als chef-kok in dienst was te reduceren. Bepalend voor de vraag wie werkzaam zijn in de categorie van uitwisselbare functies waartoe de functie van chef-kok behoort is in dat geval de aanstelling (en bijbehorende loonschaal) die medewerkers van tanteLouise op grond van hun arbeidsovereenkomst hebben en de werkzaamheden die tanteLouise op grond daarvan van hen kan verlangen, niet de werkzaamheden die tanteLouise hen feitelijk laat uitvoeren.

3.5.3. Dat andere collega chef-koks feitelijk kokswerkzaamheden uitvoerden betekent dan ook niet dat zij buiten beschouwing hadden moeten worden gelaten bij de beoordeling van de vraag wie behoorde tot de functiecategorie “chef-kok”. Deze omstandigheid lijkt er eerder op te wijzen dat TanteLouise te veel chef-koks in dienst had, zodat in het kader van de reorganisatie een reductie van hun aantal gerechtvaardigd was. De vraag of [verzoeker] zijn standpunt aangaande de feitelijke werkzaamheden van zijn collegae voldoende feitelijk heeft onderbouwd

of niet is dan ook verder niet relevant. Ook indien hij dat al zou hebben gedaan, had dat niet kunnen leiden tot een oordeel dat tanteLouise bij de vaststelling van de in acht te nemen groep chef-koks personen heeft betrokken die niet tot die groep behoorden, waardoor een onjuiste afspiegeling zou hebben plaatsgevonden.

3.6. Grief 2 is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter met betrekking tot het standpunt van [verzoeker] dat tanteLouise zich in onvoldoende mate heeft ingespannen om hem binnen haar organisatie te herplaatsen. In de toelichting op grief 2 voert [verzoeker] twee argumenten aan ten betoge dat het oordeel van de kantonrechter onjuist is. Bij de beoordeling heeft in de eerste plaats een verkeerde afweging plaatsgevonden van de omstandigheid dat de collega chef-kok [chef-kok 2] begin december 2015 te kennen heeft gegeven vrijwillig te willen vertrekken (zie r.o. 3.7.1. e.v.). In de tweede plaats blijkt uit de overwegingen van de kantonrechter niet dat hij rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat de formatieruimte voor koks door tanteLouise pal na het ontslag van [verzoeker] weer is uitgebreid (zie verder r.o. 3.8.1. e.v.).

3.7.1. Met betrekking tot het eerste argument heeft [verzoeker] aangevoerd dat, voor zover hem bekend, al in november 2015 overeenstemming zou zijn bereikt tussen tanteLouise en [chef-kok 2] over diens vrijwillig vertrek. Omdat hij bij inachtneming van de juiste opzegtermijn tot en met 30 november 2015 in dienst zou zijn gebleven, had tanteLouise in plaats van [chef-kok 1] hem moeten herplaatsen op de arbeidsplaats van [chef-kok 2].

In reactie op dit standpunt heeft tanteLouise zowel bij verweerschrift in eerste aanleg als bij verweerschrift in hoger beroep aangevoerd dat pas op 7 december 2015 overeenstemming is bereikt tussen haar en [chef-kok 2] over diens vrijwillig vertrek.

3.7.2. Ter toelichting op haar verweer heeft tanteLouise ter zitting bij monde van de heer [directeur bedrijfsvoering] verklaard dat het vertrek van [chef-kok 2] in de loop van 2016 wel ter sprake is geweest, maar dat hij telkens niet in heeft willen gaan op daartoe strekkende voorstellen van tanteLouise. Bij brief van 2 december 2015 – aldus [directeur bedrijfsvoering] – heeft zij aan [chef-kok 2] een concept voor een vaststellingsovereenkomst toegestuurd dat het karakter had van een voorstel. De toegezonden tekst was niet een weergave van hetgeen tanteLouise en [chef-kok 2] voordien al overeengekomen waren. Het was volgens tanteLouise – gelet op de eerdere weigeringen van [chef-kok 2] om op haar voorstellen in te gaan – ook op dat moment voor tanteLouise nog niet duidelijk of [chef-kok 2] het voorstel nu wel wilde aanvaarden. Op 7 december 2015 heeft tanteLouise de door [chef-kok 2] getekende vaststellingsovereenkomst ontvangen en daarmee bestond pas een zekere mate van zekerheid omtrent diens vrijwillig ontslag. [chef-kok 2] had zich, aldus tanteLouise, vervolgens ook nog kunnen bedenken.

3.7.3. [verzoeker] voert aan dat [chef-kok 2] in april/mei 2015 al had aangegeven dat hij wilde vertrekken en dat daarover in september 2015 opnieuw gesprekken op gang waren gekomen. [verzoeker] merkt op dat reeds enkel het tegenover hem verwijzen van die gesprekken betekent dat tanteLouise haar herplaatsingsverplichtingen heeft geschonden. Het hof kan dit standpunt niet delen. Een werkgever is in het algemeen niet verplicht om boventallig personeel dat voor herplaatsing in aanmerking komt op de hoogte te houden van gesprekken die plaatsvinden met andere medewerkers die overwegen om gebruik te maken van een vertrekregeling.

3.7.4. Ter terechtzitting heeft het hof partijen expliciet gevraagd hoe en wanneer de overeenstemming met [chef-kok 2] over zijn vertrek tot stand zou zijn gekomen. Hierop is namens tanteLouise medegedeeld zoals hiervoor is aangehaald onder 3.7.2.

De heer [directeur bedrijfsvoering] heeft verklaard dat de laatste gesprekken met [chef-kok 2] over een vrijwillig vertrek pas in november 2015 hebben plaatsgevonden en dat die gesprekken niet hebben geleid tot overeenstemming, maar tot een laatste voorstel van tanteLouise dat in een concept voor een vaststellingsovereenkomst van 2 december 2015 was opgenomen. Dat betrof dus een laatste voorstel en niet de schriftelijke weergave van eerder mondeling bereikte overeenstemming. Volgens tanteLouise heeft zij pas op 7 december 2015 de vaststellingsovereenkomst ondertekend door [chef-kok 2] terug gekregen, zodat voor haar ook op dat moment pas duidelijk was dat [chef-kok 2] haar aanbod had aanvaard en vrijwillig zou vertrekken.

3.7.5. In reactie op de mededelingen van de zijde van tanteLouise heeft de advocaat van [verzoeker] ter zitting opgemerkt dat [chef-kok 2] zelf tegenover [verzoeker] voorzichtig is geweest in wat hij hem heeft verteld. [verzoeker] heeft van [chef-kok 2] begrepen dat hij al in september 2015 met tanteLouise in overleg is gegaan en dat er in oktober een concreet voorstel lag. In november zou er volgens [chef-kok 2] niets zijn gebeurd, waarna hij, [chef-kok 2], op 2 december 2015 het door tanteLouise getekende voorstel zou hebben ontvangen.

3.7.6. Het hof merkt op dat met de reactie ter zitting van [verzoeker] op het standpunt van tanteLouise niet is weersproken dat vóór 2 december 2015 nog geen overeenstemming bestond tussen tanteLouise en [chef-kok 2] over diens vertrek. Ook indien juist zou zijn dat er in oktober of november een concreet voorstel lag, dan is daarmee niet gesteld dat daarover op dat moment ook al overeenstemming bestond.

Uit hetgeen ter zitting door tanteLouise concreet ten aanzien van de totstandkoming van overeenstemming met [chef-kok 2] is aangevoerd volgt naar het hof afdoende dat overeenstemming tussen [chef-kok 2] en tanteLouise over diens vertrek pas na 1 december 2015 tot stand is gekomen. In reactie daarop heeft [verzoeker] niet volhard bij hetgeen hij in het beroepschrift heeft aangevoerd door expliciet te stellen dat deze overeenstemming wel al vóór 1 december 2015 zou zijn bereikt. Het hof neemt daarom bij gebrek aan voldoende betwisting aan dat de vaststellingsovereenkomst tussen tanteLouise en [chef-kok 2] pas na 1 december 2015 tot stand is gekomen en dat voordien voor tanteLouise onvoldoende duidelijk was of [chef-kok 2] vrijwillig zou gaan vertrekken of niet. Bewijs op dit punt komt dan verder niet meer aan de orde. Het daartoe strekkend aanbod van [verzoeker] wordt daarom gepasseerd.

3.7.7. Het voorgaande betekent dat in het vrijwillig vertrek van [chef-kok 2] geen grond kan zijn gelegen om te oordelen dat [verzoeker] voor een herplaatsing in aanmerking had moeten komen, ook niet indien zijn arbeidsovereenkomst conform het toepasselijk sociaal plan wel met inachtneming van de juiste opzegtermijn (met ingang van 1 december 2012) zou zijn opgezegd. Op het moment waarop het vertrek van [chef-kok 2] kwam vast te staan was de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] immers geëindigd. Dat op tanteLouise uit hoofde van het sociaal plan of de arbeidsovereenkomst een verdere (post-contractuele) verplichting rustte [verzoeker] wederom in dienst te nemen dan hierna ten aanzien van grief 2 is overwogen, is niet of onvoldoende gesteld.

3.8.1. [verzoeker] heeft als tweede argument voor een schending van de herplaatsingsplicht gewezen op de omstandigheid dat tanteLouise na zijn ontslag de formatie voor koks heeft uitgebreid.

TanteLouise heeft zulks betwist door erop te wijzen dat de vacatures voor koks alle betrekking hadden op tijdelijke aanstellingen die verband hielden met het uitvallen van koks wegens ziekte, zwangerschap of vrijwillig vertrek van een arbeidsplaats die op korte termijn vanwege sluiting van een vestiging zal wor-

den opgeheven. Van een uitbreiding van de formatie is dus, aldus tanteLouise, geen sprake. Bovendien, zo is ter zitting namens tanteLouise verklaard, moet zij bij het ontstaan van vacatures voor de functie van kok in de eerste plaats de boventallige koks herplaatsen, voordat zij in overweging kan nemen om een functie van kok aan te bieden aan een boventallig verklaarde chef-kok.

3.8.2. Het hof merkt op dat tanteLouise betwist dat een uitbreiding van de formatie voor koks heeft plaatsgevonden, zodat zulks in rechte niet vaststaat. Dat sprake is van een uitbreiding van de formatie kan het hof niet ontlenen aan de e-mail die [verzoeker] als productie 26 ten behoeve van de mondelinge behandeling in het geding heeft gebracht. Uit die e-mail volgt veeleer dat tanteLouise voldoet aan een herplaatsingsplicht die zij heeft jegens boventallig verklaarde koks. Op grond van het sociaal plan (artikel 6.3) is tanteLouise in het kader van de herplaatsingsprocedure verplicht om boventallig personeel allereerst te herplaatsen in de eigen functie. Dat betekent dat tanteLouise aan een boventallige kok een vrijkomende plaats als kok moet aanbieden. Pas wanneer er meer vacatures voor koks zouden zijn dan dat er koks boventallig zijn verklaard, zou sprake kunnen zijn van een verplichting om een dergelijke plaats aan te bieden aan [verzoeker], gesteld al dat sprake zou zijn van een hem passende functie in de zin van de herplaatsingsprocedure. Dat die situatie zich vóór het einde van het dienstverband met [verzoeker] heeft voorgedaan of voorzienbaar was dat die zich zou voordoen, is door [verzoeker] niet gesteld. Ook hierin kan dus geen grond worden gevonden voor een oordeel dat tanteLouise jegens [verzoeker] een herplaatsingsplicht zou hebben geschonden.

3.9. De slotsom luidt dat het hof geen gronden zijn gebleken voor het oordeel dat tanteLouise haar herplaatsingsplicht jegens [verzoeker] niet is nagekomen. Grief 2 kan daarom ook niet slagen.

3.10. Grief 3, in het algemeen gericht tegen de beslissing en de daaraan ten grondslag liggende conclusie van de kantonrechter, heeft blijkens de daarop gegeven toelichting verder geen zelfstandige betekenis en behoeft dan ook geen bespreking. Uit hetgeen is overwogen ten aanzien van de eerste twee grieven volgt dat ook deze grief niet kan slagen.

3.11. Nu geen der grieven doel treft, zal het hof de beschikking waarvan beroep bekrachtigen. [verzoeker] heeft in hoger beroep als de in het ongelijk gestelde partij te gelden en zal om die reden ook in hoger beroep worden verwezen in de kosten van het geding.

4 De beslissing

Het hof:

bekrachtigt de beschikking waarvan beroep, voor zover in hoger beroep bestreden;

veroordeelt [verzoeker] in de proceskosten van het hoger beroep en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van tanteLouise op € 718,= aan griffierecht en op € 5264,= aan salaris advocaat; verklaart deze beschikking ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Met de invoering van de WWZ is de herplaatsingsplicht wettelijk vastgelegd. In de *Parlementaire Geschiedenis*¹ is daarover gezegd dat met het wettelijk vastleggen geen wijziging beoogd is ten

¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 43 en p. 98.*

opzichte van het oude recht. De vraag is of dat ook zo uitwerkt in de praktijk.

Inmiddels zijn er verschillende uitspraken gedaan.² Een aantal gaat over de vraag of de werkgever voldoende inspanningen heeft verricht. De herplaatsingsplicht is immers een inspanningsverplichting, geen resultaatsverplichting. Daarnaast zijn er uitspraken waarbij de vraag aan de orde is of van de werkgever wel gevergd kan worden te zoeken naar een andere functie of werkplek voor de betreffende werknemer. Uiteraard is dat niet het geval bij een dringende reden voor ontslag, zo blijkt al uit de wet. Maar ook in het geval van een verstoorde arbeidsverhouding bij bijvoorbeeld een bedrijf met maar één (kleine) vestiging wordt aangenomen dat een werkgever niet hoeft te zoeken naar een herplaatsingsmogelijkheid binnen het bedrijf.³

Andere uitspraken, zoals de onderhavige, gaan over de vraag tot hoe ver de werkgever vooruit of terug in de tijd moet kijken om te bepalen of er mogelijkheden zijn voor herplaatsing van de werknemer.

Eigenlijk is het vreemd dat daar discussie over ontstaat. In de verschillende regelingen over de herplaatsingsplicht is immers vrij duidelijk vastgelegd hoe de herplaatsingsplicht moet worden uitgevoerd, zo lijkt het.

Allereerst de wettelijke regeling.

Art. 7:669 lid 1 BW luidt: *“De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3 onder e”*.

Herplaatsing moet dus binnen een redelijke termijn mogelijk zijn, in een andere passende functie gebeuren en eventueel moet de werkgever de werknemer scholen om herplaatsing mogelijk te maken.

Dit wordt verder uitgewerkt in de Ontslagregeling, en wel in art. 9:

Lid 1:

*“Bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, worden arbeidsplaatsen betrokken:
a. waarvoor een vacature bestaat, of waarvoor binnen de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, een vacature zal ontstaan.”*

Lid 3:

“Van een passende functie is sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.”

Bij het onderzoek naar de herplaatsingsmogelijkheden voor de werknemer moet de werkgever dus bestaande vacatures betrekken en vacatures die binnen een redelijke termijn ontstaan. Hieruit volgt al dat de werkgever geen arbeidsplaats hoeft te creëren. Dat is inmiddels ook in de rechtspraak bevestigd.⁴ In zoverre is deze herplaatsingsverplichting dus minder vergaand dan de verplichting die een werkgever heeft ten opzichte van een arbeidsongeschikte werknemer.

Het moet gaan om functies *“waarvoor een vacature bestaat”*. Niet alleen hoeft dus geen arbeidsplaats te worden gecreëerd, maar ook vacatures die al vervuld waren toen de werknemer voor

ontslag in aanmerking kwam hoeven niet te worden meegenomen.⁵

Eventuele onduidelijkheid zou wel kunnen bestaan over *“of waarvoor binnen de redelijke termijn een vacature zal ontstaan”*. In de Ontslagregeling is hier echter al in voorzien. Art. 9 lid 1 verwijst naar art. 10. Daarin is als volgt bepaald:

Lid 1:

“De redelijke termijn, bedoeld in artikel 669, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is gelijk aan de opzegtermijn, bedoeld in artikel 672, tweede en derde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.”

De redelijke termijn is dus, net als de opzegtermijn, gerelateerd aan de lengte van het dienstverband. Hoe langer de werknemer in dienst is, hoe langer de werkgever zich moet inspannen om de werknemer te herplaatsen, zo lijkt hieruit te volgen.

Helemaal juist is dit echter niet. De beoordeling van de inspanningen van de werkgever gebeurt namelijk feitelijk op voorhand. Lid 4 van art. 10 Ontslagregeling bepaalt immers: *“De redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.”*

De werkgever moet dus bij de indiening van het verzoek al inschatten of zich tijdens de redelijke termijn mogelijkheden zullen voordoen voor herplaatsing van de werknemer. De rechter of het UWV moeten in de procedure beoordelen of de inschatting van de werkgever juist is.

Vacatures die voorzienbaar zijn op het moment van indiening van het verzoek moet de werkgever dus meenemen in zijn beoordeling. Wat zich daarna nog (onverwacht) voordoet telt niet mee bij het oordeel van de rechter die beslist op het ontbindingsverzoek of het oordeel van het UWV op het verzoek om toestemming de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. De werknemer die de daadwerkelijke inspanningen wil laten beoordelen komt dus van een koude kermis thuis. Want zo'n beoordeling kan pas achteraf.

De werknemer heeft wel de mogelijkheid om binnen twee maanden na beëindiging van de arbeidsovereenkomst herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding te vragen. Dat biedt echter geen soelaas, omdat ook dan gekeken moet worden of op het moment van het verlenen van de toestemming of het uitspreken van de ontbinding de inschatting van de werkgever juist was of er mogelijkheden voor herplaatsing waren. Het moment van beoordeling blijft dus gelijk, en daarmee blijft het probleem bestaan. Art. 7:682 lid 1 onder a en b BW bepaalt immers dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst kan herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen *“indien de opzegging in strijd is met artikel 7:669, lid 1”*. En van strijd met dat artikel is slechts sprake als de werkgever heeft gehandeld in strijd met zijn herplaatsingsplicht, die beoordeeld moet worden op het moment dat het verzoek om toestemming voor opzegging of ontbinding wordt behandeld. En zo is de cirkel weer rond.

De werknemer in het onderhavige arrest ondervond daarvan de gevolgen. Nadat zijn arbeidsovereenkomst was opgezegd ontstond er een vacature bij zijn werkgever. Sterker nog, de vacature ontstond pas nadat de arbeidsovereenkomst al was geëindigd. De werknemer meende dat hij door zijn werkgever herplaatst had moeten worden in de vrijgekomen functie. De werkgever stelde dat dit niet hoefde omdat de arbeidsovereenkomst van de werknemer al geëindigd was toen de vacature (door vrijwillig vertrek van een andere werknemer)

1399

2 Bijvoorbeeld te vinden in «JAR» 2016/23, 2016/26, 2016/105, 2016/146.

3 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, «JAR» 2016/146, r.o. 5.10 en Gerechtshof Arnhem 18 oktober 2016.

4 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2016, «JAR» 2016/74.

5 Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp. Utrecht, 18 maart 2016, «JAR» 2016/105.

ontstond. De kantonrechter en nu ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch volgen de werkgever hierin. Wettelijk gezien doet het echter niet ter zake op welk moment de arbeidsovereenkomst van de werknemer eindigt ten opzichte van het moment van ontstaan van de vacature. Een vacature die niet voorzienbaar was op het moment dat de (in dit geval) toestemming van het UWV werd gegeven, telt niet mee bij de beoordeling van de herplaatsingsinspanningen van de werkgever. In het onderhavige geval werd er, zo blijkt uit de stellingen van partijen, al geruime tijd met een collega van de werknemer gesproken over diens mogelijke vrijwillige vertrek. Opvallend is dat werknemer stelt dat deze collega al geruime tijd voordat het verzoek om toestemming om zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen werd ingediend bij het UWV zou hebben aangegeven dat hij wilde vertrekken. Op deze stelling van werknemer gaat het hof niet in, terwijl dat toch relevant is. Als er inderdaad al langer werd gesproken had wellicht het oordeel moeten luiden dat de vacature voorzienbaar was. In dat geval had de werkgever de werknemer, als de vacature een passende functie betrof, moeten herplaatsen. Vooropgesteld dat de vacature dan ook daadwerkelijk was ontstaan binnen de voor deze werknemer geldende redelijke termijn, zoals bedoeld in art. 10 Ontslagregeling. Dat zou in dit geval zomaar eens het geval geweest kunnen zijn. Werknemer was in dienst vanaf 1992, zodat zijn wettelijke opzegtermijn in 2015 vier maanden bedroeg. Uit het arrest volgt niet of de wettelijke opzegtermijn ook daadwerkelijk voor deze werknemer gold, maar als dat het geval was, zou de termijn hebben gelopen van 20 augustus 2015 tot 20 december 2015. Aangezien de vacature op 7 december 2015 is ontstaan is dat binnen de voor de werknemer geldende redelijke termijn. Het onder 3.7.7 opgenomen oordeel van het hof "Dat op tante Louise uit hoofde van het sociaal plan of de arbeidsovereenkomst een verdere (post-contractuele) verplichting rustte [verzoeker] wederom in dienst te nemen dan hierna ten aanzien van grief 2 is overwogen, is niet of onvoldoende gesteld" is dan ook niet juist. De wettelijke herplaatsingsplicht gaat immers wel verder dan het hof heeft geoordeeld.

De vraag blijft natuurlijk wel of het ontstaan van deze vacature op het moment dat de werkgever het verzoek om toestemming bij het UWV indiende al voorzienbaar was. En voor het antwoord op die vraag is weer van belang wanneer de collega bij werkgever heeft aangegeven gebruik te willen gaan maken van de vrijwillig-vertrek-regeling. Kortom: jammer dat het hof daar niet naar gevraagd heeft.

J.F. Dominicus
Dominicus Advocatuur

217

Rechtbank Noord-Nederland (Kantonrechter)
17 augustus 2016, nr. 4726586\CV EXPL 16-96
ECLI:NL:RBNNE:2016:3813
(mr. Terpstra)
Noot S.C. van Susteren

Vakantie. Onregelmatigheidstoeslag. Nachtdiensten. Intrinsiek deel taken.

Onregelmatigheidstoeslag maakt een intrinsiek deel uit van de aan werknemster (werkzaam als ziekenverzorgende in nachtdiensten) toegekende taken waarvoor zij toeslag ontvangt. Werknemer heeft recht op onregelmatigheidstoeslag gedurende haar vakantie.

[BW art. 7:639, 7:645]

Werknemer is sinds 1 november 1980 in dienst bij (een rechtsvoorganger van) Icare in de functie van ziekenverzorgende, tegen een brutosalaris van € 2092,56 exclusief onregelmatigheidstoeslag, vakantietoeslag en andere emolumenten, bij een werkweek van dertig uren. Op de arbeidsovereenkomst van werknemer is de CAO Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraamzorg en Jeugdgezondheidszorg (hierna: CAO VVT) van toepassing. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of Icare onregelmatigheidstoeslag over de vakantie- en verlofuren is verschuldigd. De kantonrechter overweegt dat art. 7:639 BW bepaalt dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt en dat art. 7:645 BW bepaalt dat daarvan niet ten nadele van werknemer kan worden afgeweken. Wat onder het begrip 'loon' verstaan dient te worden is uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) EU 15 september 2011, zaak C-155/10 (Williams e.a./British Airways). Dit arrest is nog verduidelijkt in het arrest C-539/12 van 22 mei 2014. Bepalend voor de vraag of een werknemer recht heeft op onregelmatigheidstoeslag gedurende zijn of haar vakantie is het antwoord op de vraag of de toeslag intrinsiek samenhangt met de hem opgedragen taken. Voorts dient de in verband met de vakantie te ontvangen beloning niet zodanig laag (lager dan de buiten de vakantie betaalde beloning) te zijn dat de werknemer hierdoor wordt weerhouden van het nemen van vakantie. Vaststaat dat werknemer sinds 28 februari 1992 uitsluitend in nachtdiensten werkt en dat zij hiervoor een onregelmatigheidstoeslag ontvangt. Werknemer heeft ter zitting betwist dat zij dezelfde werkzaamheden verricht als werknemers tijdens normale werktijden en zij heeft aangegeven dat zij 's nachts zorgt voor rust en veiligheid. Icare heeft dit onvoldoende gemotiveerd bestreden. Ook al zou werknemer, zoals Icare betoogt, naast haar functie als ziekenverzorgende, werkzaamheden (hebben) verricht(en) als voorzitter van de ondernemingsraad en als OC-lid, dan nog dient de conclusie te zijn dat de onregelmatigheidstoeslag een intrinsiek deel uitmaakt van de aan werknemster toegekende taken waarvoor zij toeslag ontvangt. De kantonrechter overweegt dat het beleid van Icare, al dan niet gebaseerd op de cao, in strijd is met het in Nederland geldende recht, omdat een lagere beloning tijdens vakantie werknemster ervan kan weerhouden om vakantie op te nemen. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat het globale salaris inclusief de onregelmatigheidstoeslag de berekeningsmaatstaf is voor het salaris dat werknemer ontvangt tijdens haar vakantie.