

Nieuwsbrief

November 2011



Arbeidsrecht

In de nieuwsbrief Arbeidsrecht van de sectie arbeidsrecht van Holland Van Gijzen willen wij u op korte en bondige wijze informeren over recente rechtspraak, wetgeving en actuele ontwikkelingen op het gebied van het arbeidsrecht en het medezeggenschapsrecht.

Inhoudsopgave:

1. Overgang van onderneming en de personeelsvennootschap
2. Niet compenseren nationale feestdagen voor deeltijders levert verboden onderscheid op
3. Diefstal betekent ontslag
4. Boetebeding niet geheel nietig door uitsluiting matigingsbevoegdheid rechter

1. Overgang van onderneming en de personeelsvennootschap

In de Nieuwsbrief van november 2010 bent u geïnformeerd over het Albron-arrest. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: "Hof EU") oordeelde vorig jaar in deze zaak dat werknemers die formeel in dienst zijn bij een personeelsvennootschap, maar permanent gedetacheerd zijn bij een werkmaatschappij binnen hetzelfde concern, bij uitbesteding van die werkzaamheden mee overgaan naar de verkrijger van die werkzaamheden. Recent heeft het Hof Amsterdam in deze zaak geoordeeld dat - kort gezegd - de Nederlandse wet niet aan de uitleg van het Hof EU in de weg staat.

Feiten

Een korte herhaling van de feiten. De werknemer was - tezamen met 70 andere werknemers - in dienst bij de personeelsvennootschap Heineken Nederlands Beheer B.V. (hierna: "HNB"). De werknemer werd vanuit HNB permanent gedetacheerd als cateringmedewerker naar de werkmaatschappij Heineken Nederland B.V. (hierna: "Heineken NL"). Op enig moment besteedde Heineken NL de cateringactiviteiten uit aan Albron. De werknemer stelde dat, door het uitbesteden van de cateringactiviteiten aan Albron, sprake was van overgang van onderneming. Hierdoor zou hij van rechtswege in dienst zijn getreden bij Albron. Albron verweerde zich door te stellen dat de werknemer niet mee over kon gaan omdat hij een arbeidsovereenkomst had met HNB en niet met Heineken NL.

Hof van Justitie van de Europese Unie

Tijdens het hoger beroep stelde het Hof Amsterdam een prejudiciële vraag over de uitleg van de Europese richtlijn over overgang van onderneming (hierna: "Richtlijn") aan het Hof EU. Het Hof EU oordeelde vorig jaar dat bij overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de permanent bij die onderneming tewerkgestelde - maar in dienst van een andere concernmaatschappij zijnde werknemer - overgaat.

Verder verloop procedure

Lidstaten dienen de Richtlijn te implementeren in de nationale wetgeving. Albron stelde in hoger beroep bij het Hof Amsterdam dat de Richtlijn incorrect zou zijn opgenomen in de Nederlandse wet. Albron stelde dat richtlijnconforme interpretatie een oordeel zou opleveren in strijd met de Nederlandse wet. Albron stelde ook dat het rechtszekerheidsbeginsel zich verzet tegen toepassing van de Richtlijn.

Het Hof Amsterdam gaat hier niet in mee door in haar arrest van 25 oktober 2011 te oordelen dat:

- met het arrest van het Hof EU geen discussie bestaat over de uitleg van de Richtlijn;
- van overgang van onderneming sprake kan zijn ingeval binnen een concern een contractuele werkgever (een formele werkgever) bestaat, in onderhavige casus HNB, en een niet-contractuele werkgever (een materiële werkgever), in onderhavige casus Heineken NL;
- de bewoordingen van het Burgerlijk Wetboek ruimte bieden voor een dergelijk meervoudig werkgeversbegrip;
- het Burgerlijk Wetboek zich verder niet verzet tegen richtlijnconforme interpretatie;
- de rechtszekerheid niet in het geding is. Er kan geen beroep worden gedaan op het vertrouwensbeginsel. Aan de wet, parlementaire geschiedenis en rechtspraak kan niet het vertrouwen worden ontleend dat de wet niet anders kan worden uitgelegd. Te meer nu tijdens de zitting is gebleken dat in het contract tussen Heineken NL en Albron betreffende de

uitbesteding van de cateringactiviteiten aan Albron al rekening gehouden was met de mogelijkheid dat sprake was van overgang van onderneming.

Conclusie

De lijn zoals vorig jaar uitgezet door het Hof EU blijft ongewijzigd door deze uitspraak. Dit betekent dat sprake kan zijn van een overgang van onderneming voor werknemers die niet formeel in dienst zijn bij de onderneming die haar activiteiten overdraagt, maar wel permanent bij die onderneming zijn gedetacheerd. Het Hof Amsterdam oordeelde recent dat de Nederlandse wet niet aan deze uitleg van Hof EU in de weg staat.

2. Niet compenseren nationale feestdagen voor deeltijders levert verboden onderscheid op

Als een erkende nationale feestdag valt op een dag waarop een werknemer niet werkt en de werkgever deze werknemer hiervoor niet op enige wijze compenseert, maakt de werkgever een ongeoorloofd onderscheid tussen deeltijder en voltijders. Zo oordeelde de Commissie Gelijke Behandeling onlangs.

In deze kwestie had de werknemer een vaste wekelijkse vrije dag op maandag. In het personeelshandboek van de werkgever waren 9 nationale feestdagen aangewezen waarop de werknemers vrij zouden zijn. Als een feestdag op een "deeltijd dag" viel, mochten deeltijders hun vrije dag niet op een andere dag nemen en werden zij ook op geen andere wijze gecompenseerd. De Commissie oordeelde dat een voltijder jaarlijks gemiddeld 2,7 erkende feestdagen meer zal genieten dan een deeltijder. De werkgever streeft een legitiem doel na door aan deeltijders geen compensatie te bieden hiervoor. Echter, dit legitieme doel kan ook worden nagestreefd op een niet discriminerende wijze. Door geen enkele compensatie aan te bieden, maakt de werkgever een ongeoorloofd onderscheid. De werknemer kan er nu voor kiezen om, op basis van de uitspraak van de Commissie, een procedure aanhangig te maken bij de civiele rechter om alsnog zijn rechten af te dwingen en eventueel schadevergoeding te vorderen.

De Commissie biedt in haar uitspraak nog een alternatief aan de hand van een jaarurensysteem. Bij een dergelijk systeem wordt dan uitgegaan van het totaal aantal dagen per jaar minus de weekeinden en feestdagen. De werkdagen blijven dan over en worden gedeeld door vijf (werkweek) en vermenigvuldigd met de gemiddelde arbeidsduur. De uitkomst is dan het aantal uren per jaar dat de werknemer moet werken. Voor de deeltijders houdt dit systeem dan in, dat de werkgever aan het begin van ieder jaar de geldende extra vrije uren in kan boeken.

Gezien de uitspraak van de Commissie is het dan ook aan te raden om het huidige systeem van vrije dagen op nationale feestdagen goed onder de loep te nemen. Zo kan een werkgever de kans verkleinen aangesproken te worden door deeltijders die vrije dagen in verband met nationale feestdagen mislopen.

3. Diefstal betekent ontslag

Ook het bij vergissing onrechtmatig meenemen van een fiets, kan een ontslag op staande voet rechtvaardigen. Dit oordeelde onlangs de kantonrechter Bergen op Zoom.

Een werknemer had zonder toestemming van een collega de fiets van deze laatste mee naar huis genomen. De werknemer dacht dat dit de gestolen fiets van zijn echtgenote was. Daarop heeft de werkgever de werknemer na een gesprek op non-actief gesteld en vervolgens op staande voet ontslagen, ondanks dat de werknemer de fiets inmiddels aan de desbetreffende collega had teruggegeven. De werknemer riep vervolgens de nietigheid van het ontslag in. De werkgever verzocht de kantonrechter om voorwaardelijke ontbinding wegens de diefstal.

De werknemer stelde dat geen sprake was van diefstal, nu hij nimmer die intentie had. Hij dacht dat het ging om de fiets van zijn echtgenote.

De kantonrechter stelde de werkgever in het gelijk en ontbond de arbeidsovereenkomst voorzover die nog bestond. De kantonrechter overwoog dat de diefstal van de fiets van de echtgenote geen eigenrichting rechtvaardigde, ook niet indien werd uitgegaan van de verklaring van de werknemer dat hij er 100% van overtuigd was dat het de gestolen fiets van zijn partner betrof. De werknemer had een melding kunnen doen bij de beveiligingsdienst van de werkgever of de politie kunnen informeren. De kantonrechter oordeelde dat het meenemen van de fiets, in samenhang, met het niet direct terugbezorgen daarvan, een dringende reden voor ontslag opleverde. Elke rechtvaardiging voor eigenrichting ontbrak dus. De intentie van de werknemer was niet doorslaggevend. Daarmee wordt nogmaals bevestigd dat diefstal veelal kan resulteren in een ontslag op staande voet.

4. Boetebeding niet geheel nietig door uitsluiting matigingsbevoegdheid rechter

Een boetebeding in een arbeidsovereenkomst is niet geheel nietig door uitsluiting van de matigingsbevoegdheid van de rechter. De bepaling dat een rechter een boete kan matigen is van dwingend recht. Afwijkende bedingen zijn nietig. Maar dit brengt nog niet met zich dat het gehele boetebeding nietig is, zo oordeelde recent Hof Leeuwarden.

Na het einde van het dienstverband leverde de werknemer de bedrijfslaptop één week te laat in. In de arbeidsovereenkomst was opgenomen dat de werknemer bij te late inlevering van bedrijfseigendommen "een onmiddellijk opeisbare en een *niet voor rechterlijke matiging vatbare* boete zal verbeuren van NLG 10.000 per overtreding en per dag dat de overtreding voortduurt". De werkgever vorderde betaling van een bedrag van EUR 4.537,80 van de werknemer wegens het te laat inleveren van de bedrijfslaptop onder verwijzing naar het overeengekomen boetebeding.

Partiële nietigheid boetebeding

De werknemer stelde zich primair op het standpunt dat hij de boete niet hoefde te betalen omdat het gehele boetebeding nietig was. De werknemer stelde namelijk dat in het boetebeding de matigingsbevoegdheid van de rechter ten onrechte werd uitgesloten. Artikel 6:94 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat dergelijke bedingen nietig zijn, aldus de werknemer. De werknemer kreeg geen gelijk. Het Hof oordeelde dat artikel 6:94 van het Burgerlijk Wetboek niet met zich

brengt dat het gehele boetebeding hierdoor nietig is, slechts het gedeelte van het boetebeding dat rechterlijke bevoegdheid tot matiging uitsluit, is nietig. Het Hof liet het boetebeding daarom gedeeltelijk in stand. Dit is ook in lijn met de gedachte uit de wet dat een nietigheid niet verder moet ingrijpen dan door haar doel wordt gerechtvaardigd.

Matiging boete

Subsidiar stelde de werknemer dat de boete gematigd moest worden. Het Hof oordeelde dat matiging van de boete aan de orde is indien de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. De gevorderde boete bedroeg een veelvoud van de waarde van de laptop. Het Hof matigde daarom de boete (fors).

Slotsom

Een boete kan gesteld worden op een overtreding van allerlei regels die gelden bij de werkgever. Vaak wordt een boete gesteld op overtreding van het verbod van nevenwerkzaamheden, het geheimhoudingsbeding en het non-concurrentiebeding. De wet stelt voorwaarden aan de rechtsgeldigheid van een boetebeding. Onder meer moet het boetebeding de hoogte van de boete bevatten. Voor overtredingen tijdens het dienstverband geldt dat de binnen een week op te leggen boete niet hoger mag zijn dan het loon voor een halve dag. Voor werknemers die meer verdienen dat het minimumloon mag hiervan worden afgeweken. Met het merendeel van de werknemers kan een werkgever dus een hogere boete overeenkomen. De rechter heeft op grond van de wet het recht de boete te matigen indien een partij hierom verzoekt. Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter deze bevoegdheid terughoudend dient te hanteren: matiging is alleen aan de orde 'indien de redelijkheid en billijkheid dit klaarblijkelijk eist'. Een beding waarin de matigingsbevoegdheid van de rechter is uitgesloten, is nietig. Maar dit betekent nog niet dat hele boetebeding nietig is, aldus Hof Leeuwarden.

Contactpersonen:

Amsterdam, Utrecht, Eindhoven

Roeland Hartman

T: 088 407 04 08

E: roeland.hartman@hollandlaw.nl

Den Haag

Nicky ten Bokum

T: 088 407 03 08

E: nicky.ten.bokum@hollandlaw.nl

Rotterdam

Wendy de Jong

T: 088 407 02 35

E: wendy.de.jong@hollandlaw.nl

Holland Van Gijzen

Advocatuur | Notariaat

Over Holland Van Gijzen

Holland Van Gijzen is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. De 150 advocaten en (kandidaat-) notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor ondernemingen relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel en legal desks in Londen en New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

Kijk voor meer informatie op:

www.hollandlaw.nl

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales met registratienummer OC335658 en is in Nederland geregistreerd bij de Kamer van Koophandel Rotterdam onder nummer 24433164.

© Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP 2011

Disclaimer

Deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van deze publicatierechten worden ontleend.