

**ECLI:NL:RBAMS:2017:4273**

**Uitspraak**

**RECHTBANK AMSTERDAM**

zaaknummer 5888709 EA VERZ 17-321

uitspraak: 19 juni 2017

**beschikking van de kantonrechter, zitting houdende in  
Amsterdam,**

in de zaak van

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid GVB  
Exploitatie B.V.**

gevestigd te Amsterdam

verzoekster

nader te noemen: GVB

gemachtigde: mr. Ch.M. Hettinga

t e g e n

**[verweerder]**

wonende te [woonplaats]

verweerder

nader te noemen: [verweerder]

gemachtigde: mr. C. van Dijk (FNV)

**VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

GVB heeft op 7 april 2017 een verzoek ingediend dat strekt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

[verweerder] heeft een verweerschrift ingediend, tevens houdende een verzoek tot het volledig doorbetalen van het loon.

De verzoeken zijn mondeling behandeld ter terechtzitting van 12 juni 2017. GVB is verschenen bij mevrouw [naam] , vergezeld door de

gemachtigde. [verweerder] is in persoon verschenen, vergezeld door de gemachtigde. Partijen hebben ter zitting hun standpunten toegelicht, GVB aan de hand van een pleitnota. Na verder debat is een datum voor beschikking bepaald.

## **GRONDEN VAN DE BESLISSING**

### **Uitgangspunten**

1. Uitgegaan wordt van het volgende.

1.1.

[verweerder] , geboren op [geboortedatum] 1965, is sedert 25 augustus 1998 in dienst van GVB en is laatstelijk werkzaam in de functie van conducteur tram. Het bruto salaris op basis van een werkweek van 36 uren bedraagt € 2.438,- per maand exclusief een vaste roostertoeslag van € 521,73, vakantietoeslag en een 13e maand.

1.2.

Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing de CAO GVB.

1.3.

In zijn functie is [verweerder] verantwoordelijk voor het verkopen van vervoersbewijzen en het verstrekken van (reis)informatie aan reizigers. [verweerder] heeft daarbij de beschikking over een persoonsgebonden depot, dat eigendom is van GVB en in beheer aan de tramconductor is gegeven.

1.4.

Het depot heeft een waarde van € 903,- en bestaat uit: een voorraad kaartjes, contant geld en een saldo op een persoonsgebonden kaart, waarop alle aan- en verkopen geregistreerd staan.

1.5.

In de (ook) voor [verweerder] geldende gedragscode van GVB is onder meer

opgenomen:

*"Depot- en kasbeheer*

*Medewerkers die beschikken over een depot of kas gebruiken deze alleen voor zakelijke doeleinden. Je houdt dit dus gescheiden van je eigen geld.*

*Voor rijdend personeel geldt daarnaast het Reglement Depotbeheer Rijdend/varend Personeel (verder: Reglement Depotbeheer)."*

In het Reglement Depotbeheer is onder 4.1. onder meer opgenomen:

*"A. De deponhouder is verantwoordelijk voor het aan hem/haar beschikbaar gestelde depot.*

*B. Van de deponhouder wordt verwacht dat deze het beheer nauwkeurig heeft gevoerd en de nodige voorzorgen heeft genomen voor de bewaring van geldswaardige papieren.*

*C. De deponhouder dient een afwijking in het depot direct te melden aan de leidinggevende.*

*(..)*

*L. het aanwenden van een depot is alleen toegestaan voor het uitvoeren van de functie.*

*M. Het vermengen van het depot met privé-geld is niet toegestaan."*

Onder 4.2 van het Reglement Depotbeheer is daarnaast bepaald:

*"A. De deponhouder dient tijdens de uitoefening van het werk inzage te kunnen geven in het volledige aan hem of haar toegekende depot. (..)*

*B. De deponhouder dient tijdens de uitoefening van het werk te beschikken over voldoende middelen om kaartverkoop te kunnen uitvoeren.*

*C. een deponhouder kan vervoersbewijzen betrekken uit één van de KUA's. Daarnaast kan men kaarten kopen bij collega's. Daarbij wordt uitdrukkelijk geadviseerd hiervoor een kaartoverdrachtformulier in te vullen."*

En onder 5 van het Reglement Depotbeheer is bepaald:

*"D. Het zich niet houden aan de regels en voorschriften uit dit reglement kan leiden tot sancties."*

1.6.

In september 2011 heeft GVB, na controle, een depottekort bij [verweerder] vastgesteld van € 31,98. [verweerder] heeft geen verklaring voor dit tekort kunnen geven.

## 1.7

In februari 2015 is bij [verweerder] , bij een onaangekondigde controle, een depottekort van € 859,93 geconstateerd. [verweerder] heeft toen verklaard dat hij door privéomstandigheden gebruik had moeten maken van zijn depot en niet in de gelegenheid was dit weer tijdig aan te vullen.

## 1.8.

In maart 2015 is bij [verweerder] , bij een onaangekondigde controle, wederom een depottekort geconstateerd, van € 200,97. [verweerder] kon dit tekort niet verklaren. Hij vermeldde wel dat hij schulden bij de bank had.

## 1.9.

Bij de constatering onder 1.6., 1.7. en 1.8. heeft GVB steeds te kennen gegeven dat zij de handelwijze van [verweerder] niet accepteerde

## 1.10.

Op 28 februari 2017 heeft de leidinggevende van [verweerder] , na een onaangekondigde controle, een depottekort bij [verweerder] vastgesteld van € 396,09. [verweerder] heeft ter verklaring gemeld dat hij € 300,- heeft gegeven aan zijn dochter ten behoeve van zijn ernstig zieke kleinzoon. Pas na lang doorvragen heeft hij op 7 maart 2017 toegegeven dat hij het restantbedrag had uitgegeven aan een parkeerboete (€ 55,-), broodjes, de febo en sigaretten.

1.11.GVB heeft [verweerder] met ingang van 28 februari 2017 geschorst, met behoud van loon.

1.12. [verweerder] is ziek geweest op 23 en 24 februari 2017.

1.13.met ingang van 22 maart 2017 heeft GVB aan [verweerder] één derde van het salaris niet betaald, met een beroep op artikel 14.16 van de CAO. Daarin is bepaald dat GVB één derde van het salaris mag inhouden bij een ontslagprocedure wegens een dringende reden of verwijtbaar handelen.

## 1.14.

bij brief van 5 april 2017 heeft [verweerder] aan GVB verzocht het voorgenomen ontslagbesluit te heroverwegen.

1.15.

bij brief van 4 mei 2017 heeft GVB , gehoord het advies van de Adviescommissie, besloten het voorgenomen ontslagbesluit te handhaven.

### **Verzoeken en verweer**

2. GVB verzoekt de arbeidsovereenkomst met de [verweerder] te ontbinden, primair op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a jo. 7:669 lid 3, onderdeel e van het Burgerlijk Wetboek (BW), subsidiair onderdeel g BW.

3. Aan dit verzoek legt GVB ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – verwijtbaar handelen van [verweerder] , zodanig dat van de GVB redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

4. Ter onderbouwing daarvan heeft GVB het volgende naar voren gebracht.

5. [verweerder] heeft, ondanks meerdere waarschuwingen (één in 2011 en twee in 2015) in 2017 weer een depottekort laten ontstaan, omdat hij gelden voor privédoeleinden heeft gebruikt. GVB rekent het [verweerder] zwaar aan dat hij niet om hulp heeft gevraagd, terwijl hem die door GVB uitdrukkelijk is aangeboden. Ook neemt GVB het [verweerder] in hoge mate kwalijk dat hij, na de confrontatie met het tekort op 28 februari 2017, aanvankelijk geen openheid van zaken heeft gegeven. Eerst heeft hij alleen de € 300,- ten behoeve van een second opinion voor zijn zieke kleinkind vermeld; pas na zeer lang aandringen heeft [verweerder] op 7 maart 2017 opheldering gegeven over de rest van het depottekort.

6. Voor GVB is nu de maat vol. De tijd van waarschuwen is voorbij. Volgens GVB is de gang van zaken in ernstige mate verwijtbaar aan [verweerder] . Daarom heeft hij geen aanspraak op een transitievergoeding en dient de arbeidsovereenkomst op de e-grond te worden ontbonden, zonder rekening te houden met de opzegtermijn.

7. Subsidiair meent GVB dat door de handelwijze van [verweerder] er in elk geval een zodanig verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan, dat van GVB in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

8. [verweerder] verweert zich tegen het verzoek. Hij voert daartoe – samengevat – het volgende aan.

9. [verweerder] betwist de depottekorten niet. Deze zijn ontstaan doordat hij in financiële problemen verkeert; daarnaast heeft hij € 300,- van het

depot beschikbaar gesteld aan zijn dochter om voor zijn ernstig zieke kleinzoon een second opinion aan te kunnen vragen.

10. [verweerder] wijst erop dat het gedurende het hele dienstverband (van 19 jaar) goed gefunctioneerd heeft. Hij vraagt ook begrip voor zijn financiële situatie, die nijpend is. Hij heeft daarvoor de hulp van een budgetcoach gekregen. Verder wijst [verweerder] op zijn gezondheidssituatie. Hij lijdt aan hartklachten en COPD, en is voorts psychisch ingestort, na de schorsing door GVB.

11. [verweerder] verzoekt de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst niet te ontbinden.

12. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt [verweerder] om toekenning van de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 BW, en voorts rekening te houden met de geldende opzegtermijn van drie maanden.

13. In het tegenverzoek vraagt [verweerder] om voor recht te verklaren dat artikel 14.16 van de CAO GVB strijdig is met artikel 7:628 lid 1 BW en te oordelen dat GVB gehouden is om aan [verweerder] vanaf het moment van schorsing het volledige salaris uit te betalen. Voorts verzoekt [verweerder] - kort gezegd - om uitbetaling van het ten onrechte ingehouden salaris vanaf 22 maart 2017 tot de einddatum van de arbeidsovereenkomst, te vermeerderen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente.

14. Ter toelichting heeft [verweerder] aangevoerd dat artikel 14.16 van de CAO GVB in strijd is met artikel 7:628 lid 1 BW en de rechtspraak van de Hoge Raad. [verweerder] verwijst daarbij naar een arrest van 21 maart 2003, JAR 2003/91, inzake [naam 1] . Immers heeft de Hoge Raad bepaald dat een schorsing in de risicosfeer van de werkgever ligt, en dat toch loon doorbetaald moet worden, ook al heeft een werkgever gegronde redenen om een werknemer te schorsen.

## **Beoordeling**

15. De kantonrechter stelt vast dat geen sprake is van een opzegverbod, omdat [verweerder] niet ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte.

15. De kantonrechter stelt vast dat het verzoek om ontbinding is gegrond op artikel 7:669 lid 3, onderdeel e en g BW. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van [verweerder] binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

15. De GVB stelt dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder] . Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door GVB in dat verband naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel e BW. Daartoe wordt het volgende overwogen.

15. [verweerder] heeft niet kunnen weerspreken dat hij meerdere keren depotgelden heeft gebruikt voor privé doeleinden, en dat hij daar – ondanks meerdere waarschuwingen – mee is doorgegaan. Daarbij moet worden vastgesteld dat hij de tekorten niet uit eigen beweging aan zijn leidinggevende heeft gemeld, maar dat de tekorten steeds aan het licht zijn gekomen, na (onaangekondigde) controles van de kant van GVB. Voorts weegt mee, dat [verweerder] ten aanzien van het op 28 februari 2017 niet direct en volledig open kaart heeft gespeeld; pas na lang doorvragen werd duidelijk waar de gelden aan waren besteed (zie ook onder 1.9).

15. [verweerder] heeft er blijkbaar voor gekozen om geld van GVB uit het depot te “lenen”, terwijl er ook andere opties waren. Immers heeft GVB [verweerder] hulp aangeboden voor zijn financiële problemen, in de vorm van een budgetcoach en een voorschot op het salaris. Daar komt bij dat de gelden niet alleen gebruikt zijn voor de noodsituatie met betrekking tot de kleinzoon van [verweerder] , doch ook voor de betaling van een parkeerboete, broodjes en sigaretten.

15. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van [verweerder] . Zijn persoonlijke omstandigheden, waaronder een precaire financiële situatie en een ernstig zieke kleinzoon, kunnen aan dit oordeel niet afdoen. Dat betekent dat herplaatsing niet in de rede ligt.

15. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van GVB zal toewijzen en dat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 7:671b lid 8, onderdeel b, BW zal worden ontbonden met ingang van 1 juli 2017. Geen rekening wordt gehouden met de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, verminderd met de duur van deze procedure, met een minimum van een maand, nu de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder] .

15. De kantonrechter ziet geen reden om de transitievergoeding aan [verweerder] toe te kennen, zoals door [verweerder] is verzocht, aangezien het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder] als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW.

Nu aan de ontbinding geen vergoeding wordt verbonden, hoeft GVB geen gelegenheid krijgen het verzoek in te trekken.

15. [verweerder] heeft als tegenverzoek gevraagd om door betaling van het volledige salaris ingaande 22 maart 2017.

15. Dit verzoek zal worden toegewezen, waarbij het volgende wordt overwogen.

15. Bij de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) is met ingang van 1 januari 2015 artikel 7:628 lid 7 gewijzigd. Niet langer is het in algemene zin mogelijk om bij CAO van de in lid 5 bedoelde termijn af te wijken. Dit kan enkel nog als aan de in de CAO bedoelde functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. Deze situatie doet zich hier niet voor.

15. De kantonrechter gaat er hierbij van uit dat artikel 7:628 lid 7 BW, zoals dat met ingang van 1 januari 2015 is gaan luiden op de onderhavige kwestie van toepassing is. Verwezen wordt naar het overgangsrecht (artikel XXIIa), dat bepaalt dat lid 7 (oud) van toepassing blijft op een op 1 januari 2015 geldende CAO, voor de duur van de looptijd van die CAO, maar ten hoogste gedurende achttien maanden na 1 januari 2015. In dit verband gaat de kantonrechter ervan uit dat er tussen 1 januari 2015 en 22 maart 2017 een nieuwe CAO GVB tot stand is gekomen, zodat op de rechtsverhouding tussen partijen artikel 7:628 lid 7 BW (nieuw) toepasselijk is.

15. Vastgesteld moet voorts worden dat de beoogde wetwijziging van artikel 7:628 lid 1 BW (nog) niet heeft plaatsgevonden. In de wetsgeschiedenis van de WWZ kunnen aanknopingspunten worden gevonden, die erop wijzen dat het invoeren van de WWZ (ook zonder de wijziging van lid 1) tot een verandering in de riscoverdeling kan leiden, bijvoorbeeld in het geval van een schorsing die opgelegd wordt na ernstig verwijtbaar handelen van een werknemer. De kantonrechter stelt vast dat het betreffende eerste lid niet gewijzigd is en is van oordeel dat daaraan dezelfde betekenis moet worden toegekend als vóór 1 januari 2015.

15. Dat betekent dat de schorsing voor rekening en risico van GVB is en dat [verweerder] gedurende de periode van schorsing aanspraak heeft op betaling van zijn volledige salaris.

15. Het verzoek van [verweerder] zal worden toegewezen, zoals hierna te bepalen.

30. De proceskosten worden gecompenseerd in die zin, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

## **BESLISSING**

De kantonrechter:



### **Op het verzoek van GVB**

ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 juli 2017;

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;

### **Op het verzoek van [verweerder]**

verklaart voor recht dat toepassing van artikel 14.16 van de CAO GVB in de huidige kwestie strijdig is met artikel 7:628 lid 1 en lid 7 BW en oordeelt dat GVB gehouden is om aan [verweerder] vanaf het moment van schorsing het volledige salaris uit te betalen.

veroordeelt GVB tot betaling aan [verweerder] van het volledige salaris over de periode van 22 maart 2017 tot en met 30 juni 2017;

veroordeelt GVB tot betaling aan [verweerder] van de wettelijke verhoging ad 25 % over het niet betaalde loon over de perioden van 22 maart tot en met 31 mei 2017;

veroordeelt GVB tot betaling aan [verweerder] van de wettelijk rente over de onder IV. en V. genoemde bedragen, voor zover deze achterstallig zijn, vanaf de dag van de opeisbaarheid tot de dag van de voldoening.

wijst het meer of anders verzochte af.

### **Op beide verzoeken**

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

Aldus gegeven door mr. T.M.A. van Löben Sels, kantonrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 juni 2017 in tegenwoordigheid van de griffier.