

# kroniek arbeids- recht



2006-2007

.....  
**In dit nummer**

Bestaan arbeidsovereenkomst  
Statutair directeur  
Ontslag op staande voet  
Overgang van onderneming/opvol-  
gend werkgeverschap  
Concurrentiebeding  
Kennelijk onredelijk ontslag  
Werkgeversaansprakelijkheid  
CAO  
Gelijke behandeling  
Medezeggenschap  
Recente ontwikkelingen  
.....

Sinds het verschijnen van de vorige kroniek in het *Advocatenblad* 2006-13 (29 september 2006) is er weer een groot aantal uitspraken op arbeidsrechtelijk gebied geweest door de Hoge Raad en de hoven. Deze kroniek bevat een selectie van de belangrijkste.

.....  
Yvette van Gernerden en Ralph  
Jan van der Ham<sup>1</sup>  
.....

## Bestaan arbeids- overeenkomst

In het afgelopen jaar zijn, net als bij de voorgaande editie van de kroniek, veel uitspraken gepubliceerd over het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft zich op zowel 14 april 2006 (LJN AU9722), alsmede 15 september 2006 (LJN AX9396) en 15 december 2006 (LJN AZ1487) hierover uitgelaten. Het eerste arrest ging over een verklaring voor recht, gevorderd door een aantal beurspromovendi van de gemeentelijke Universiteit te Amsterdam (UvA), dat tussen de UvA en hen een arbeidsovereenkomst bestond. In cassatie stond daarbij met name de vraag centraal of er sprake was van loon en of er sprake was van arbeid. De beurspromovendi verrichten aan de UvA wetenschappelijk onderzoek ten bate van hun eigen onderzoek. De beurspromovendi betogen dat ook de UvA profiteert van dit onderzoek in de vorm van publicaties, naamsbekendheid en een vergoeding van overheidswege en dat het onderzoek daarmee niet (alleen)

.....  
<sup>1</sup> Yvette van Gernerden en Ralph Jan van der Ham zijn als advocaat verbonden aan de sectie Employment, Pensions & Benefits van DLA Piper Nederland N.V.

Maar het is ten enen male niet  
aan de rechter om te bepalen  
wat de partijbedoeling is...



ten eigen nutte van de onderzoekers is. Verder betogen de beurspromovendi dat de door hen te ontvangen stipendia niet alleen zien op levensonderhoud, maar bezien moeten worden als loon, omdat in de stipendiumregeling een duidelijke koppeling wordt gelegd tussen de hoogte van het stipendium en of er bijvoorbeeld full- of parttime wordt gewerkt. Tot slot wordt door de beurspromovendi aangevoerd dat ook de vormgeving van de werkdiscipline er toe dient te leiden dat het vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst wordt bevestigd. De rechtbank heeft geoordeeld dat

het vermoeden dat de beurspromovendi hun werkzaamheden verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst niet is weerlegd door de UvA. Door de rechtbank werd de oorspronkelijke naamgeving van de relatie, beursovereenkomst, niet doorslaggevend geacht. De Hoge Raad gaat daar in zijn oordeel in mee. Volgens de Hoge Raad ligt in de overwegingen van de rechtbank besloten dat het door de UvA benadrukte eigen doel en nut voor beurspromovendi niet wegnemen dat zij met hun werk een bijdrage leveren aan het onderzoek, waarvan ook de UvA profiteert.

... en toen ging ik promoveren...  
over het ontstaan van een rechtsvermoeden  
van het bestaan van een  
arbeidsovereenkomst...



In het arrest van 15 september 2006 is de vraag aan de orde of een slipinstructrice van de ANWB een arbeidsovereenkomst heeft. Zowel de kantonrechter als het hof heeft geoordeeld dat er geen arbeidsovereenkomst is. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO. De reden dat om deze uitspraak toch in de kroniek op te nemen is de uitvoerige en lezenswaardige conclusie van A-G Verkade waarin wordt ingegaan op het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst en het verschil in toetsing tussen de burgerlijke rechter en het UWV.

In het arrest van 15 december 2006 heeft de Hoge Raad de vraag beoordeeld of sprake was van (het vermoeden van het bestaan van) een arbeidsovereenkomst of dat het ging om werkzaamheden in het kader van een vof. In deze zaak ging het om een buschauffeur die tezamen met een drietal andere chauffeurs een vof was aangegaan. Met de belangrijkste opdrachtgever was een samenwerkingsovereenkomst gesloten. De chauffeur vordert een verklaring voor recht dat hij een arbeidsovereenkomst heeft. In deze zaak wordt, in tegenstelling tot de situatie in het arrest-Groot/Diosynth (JAR 2005/15), dat in de vorige kroniek is behandeld, niet de werkgever in de

gelegenheid gesteld aan te tonen dat geen arbeidsovereenkomst bestaat, maar de werknemer om aan te tonen dat deze er wel is.

Uit deze jurisprudentie komt een wisselend beeld naar voren hoe het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. In sommige uitspraken in de vorige kronieken staat de partijbedoeling centraal, in andere uitspraken wordt hier niet al te veel belang aan gehecht en soms wordt zowel gekeken naar de partijbedoeling als naar de uitvoering die partijen aan de afspraken geven. Van belang bij de toepassing van de maatstaf lijkt (ook) te zijn dat de rechter die de feiten moet beoordelen steeds acht slaat op de economische positie en afhankelijkheid die de betrokken partijen hebben.

## Statutair directeur

In de vorige kroniek is uitvoerig stilgestaan bij de arresten die de Hoge Raad op 15 april 2005 heeft gewezen. In die zaken werd de vraag beantwoord of ontslag van de statutair bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders tevens ook (automatisch) beëindiging van de arbeidsrelatie inhield. De Hoge Raad heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Beide 'banden' van de statutair bestuurder met de vennootschap zijn dermate met elkaar verweven dat beëindiging van de vennootschappelijke band ook beëindiging van de arbeidsrechtelijke band inhoudt. In 2006 is in de enige ter zake gepubliceerde uitspraak, te weten die van de Rechtbank Zwolle-Lelystad (LJN AY5756) deze lijn gevolgd. Op 3 februari 2006 heeft de Hoge Raad een oordeel gegeven over de omgekeerde situatie (LJN AU9716). In die zaak was de bestuurder in 1998 in dienst getreden als commercieel directeur. In 2001 is betrokkene benoemd tot statutair bestuurder. De vennootschap is vervolgens verkocht. In 2003 heeft de statutair bestuurder per brief bericht dat hij zijn functie als statutair bestuurder zou neerleggen, maar dat hij zijn werkzaamheden 'als gewoon

werknemer' voor de vennootschap wilde blijven uitoefenen. De werkgever heeft vervolgens daarop de bestuurder per direct ontslagen. De werknemer heeft vervolgens de nietigheid ingeroepen wegens het ontbreken van de vereiste toestemming uit hoofde van het BBA. De werknemer heeft in vervolg daarop een loonvordering aanhangig gemaakt met als argument dat de arbeidsovereenkomst nog steeds bestaat. Het hof overwoog echter dat de werknemer geen *ontslag* heeft genomen door zijn werkzaamheden als statutair bestuurder neer te leggen. Het hof overwoog verder dat voor het ontslag als statutair bestuurder de toestemming ingevolge art. 6 BBA niet vereist is op grond van de ontheffing uit dat artikel. De werkgever kon daarmee, aldus het hof, rechtsgeldig opzeggen zoals deze heeft gedaan. In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat de cassatieklachten geen doel treffen, omdat deze uitgaan van een rechtsopvatting die indruist tegen het oordeel uit de arresten van 15 april 2005. Doordat de statutair bestuurder geen ontslag heeft genomen, maar zijn werkzaamheden heeft neergelegd, is daarmee niet de arbeidsrechtelijke band verbroken en kon de werkgever de statutair bestuurder ontslaan.

## Ontslag op staande voet

Uitspraken op het gebied van ontslag op staande voet zijn over het algemeen vrij casuïstisch van aard. Twee uitspraken van het afgelopen jaar zijn echter algemeen van aard en van groot belang voor de praktijk van alledag bij het geven van een 'houdbaar' ontslag op staande voet. Het gaat om de arresten van de Hoge Raad van 16 juni 2006 (LJN AW6109) en van 1 september 2006 (LJN AX9387). In de zaak van 16 juni 2006 ging het om een werknemer die op staande voet werd ontslagen wegens onheuse bejegening en seksuele intimidatie van cliënten van de werkgever. De werkgever baseert het ontslag op staande voet op beide feiten gezamenlijk. In rechte komen de gedragingen (lees: de onheuse bejegening) slechts gedeeltelijk vast te staan. In de

zaak van 1 september 2006 ging het om een schoonmaakster die meerdere keren bedreigingen zou hebben geuit tegen zowel haar rayonleider, haar rayonleidster als opdrachtgever. Ook hier had de werkgever in zijn bewoordingen bij het ontslag op staande voet het ontslag gegrond op slechts de gedragingen gezamenlijk. In rechte komt slechts de bedreiging van de opdrachtgever vast te staan, maar niet die van de twee leidinggevendenden.

In cassatie herhaalt de Hoge Raad de eerder door hem ontwikkelde rechtspraak op dit gebied uit de arresten van HR 10 maart 1989, NJ 1990, 185 en nadien HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 en Vixia/Gerrijs (JAR 2004/259). Van belang bij het geven van een ontslag op staande voet is:

- \* rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer;
- \* buiten het werk gelegen omstandigheden kunnen (en moeten soms) een rol spelen

- \* dat het gedragen moet (kunnen) worden door de feiten; bij meerdere feiten moet nadrukkelijk worden gesteld dat de feiten ook *afzonderlijk* voldoende grond opleveren voor het ontslag op staande voet naast het feit dat ze dit gezamenlijk doen

- \* dit feit dient de werknemer ook bekend te zijn.

Door het ontslag op staande voet in de twee genoemde arresten uit 2006 alleen te baseren op de feiten gezamenlijk, verviel de grondslag voor het ontslag op staande voet vanaf het moment dat in rechte sommige feiten niet als bewezen werden geacht. Bij het geven van ontslag op staande voet is derhalve van eminent belang hoe het ontslag op staande voet wordt verwoord.

## Overgang van onderneming/opvolgend werkgeverschap

Op 14 juli 2006 heeft de Hoge Raad een belangwekkend arrest gewezen ten aanzien van opvolgend werkgeverschap in

relatie tot een faillissementssituatie. In deze uitspraak (Boekenvoordeel-arrest, LJN AY3782) gaat het om een werknemer die op basis van twee opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten als filiaalchef heeft gewerkt. De werkgever gaat vervolgens failliet en de curator zegt de arbeidsovereenkomst op. Er vindt een doorstart van (een deel van) de onderneming plaats door een nieuwe werkgever. De nieuwe werkgever biedt de werknemer opnieuw een contract voor bepaalde tijd aan. De werknemer stelt vervolgens dat op basis van art. 7:668a lid 2 BW, als gevolg van opeenvolgende contracten met opeenvolgende werkgevers gedurende een periode van meer dan 36 maanden, een contract voor onbepaalde tijd is ontstaan. De werkgever bestrijdt dit, aangezien deze meent dat deze bepaling niet van toepassing is na faillissement en in het bijzonder niet als de curator rechtsgeldig heeft opgezegd. De Hoge Raad bepaalt echter anders.

De Hoge Raad oordeelt dat in art. 7:666 BW, dat gaat over de relatie tussen faillissement en overgang van onderneming, art. 7:668a lid 2 BW niet nadrukkelijk wordt uitgesloten van toepassing op de overgang van onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Volgens de Hoge Raad is de toepassing van art. 7:668a lid 2 BW naar tekst en strekking van die bepaling niet beperkt tot de gevallen waarin opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeids-

Wij worden ook een dagje ouder...



overeenkomsten. Aan de in lid 2 van art. 7:668a BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van het eerste lid van dat art. staat niet in de weg dat de curator rechtsgeldig heeft opgezegd, aldus de Hoge Raad. Het Boekenvoordeel-arrest heeft daarmee potentieel grote gevolgen voor veel doorstartsituaties. Een goede due diligence van de failliete boedel is dus eens te meer van belang.

Een tweede belangrijke uitspraak is van het Hof van Justitie EG. In deze uitspraak van 9 maart 2006 (C-499/04) beantwoordde het hof een prejudiciële vraag: in geval van overgang van onderneming is de verkrijger niet gebonden aan een CAO die van kracht wordt na het aflopen van de CAO waarnaar in de arbeidsovereenkomst wordt verwezen. In deze uitspraak bepaalde het hof dat de richtlijn aangaande overgang van onderneming poogt te verzekeren dat werknemers bij een overgang hun rechten behouden op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder overeengekomen waren. Het hof verwijst daarbij naar het arrest-Daddy's Dance Hall. Volgens het hof is ook vaste rechtspraak dat de bepalingen van de richtlijn dwingend zijn. In casu verwees de arbeidsovereenkomst van de werknemer naar een collectieve arbeidsovereenkomst. Voor de uitlegging van de richtlijn kan volgens het hof echter een clause die verwijst naar een collectieve overeenkomst niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waar zij naar verwijst.

De richtlijn beoogt niet de bescherming te geven ten aanzien van verwachtingen en hypothetische voordelen van toekomstige ontwikkelingen van collectieve overeenkomsten. Volgens het hof zijn naast de richtlijn inzake overgang van onderneming eveneens van belang het recht op vrijheid van vereniging, die ook het recht omvat het recht om zich wel of niet aan te sluiten bij een vakvereniging. Indien tegemoetgekomen zou worden aan het verzoek van de werknemer, aldus het hof, zou dat betekenen dat toekomstige collectieve overeenkomsten van toepassing zijn op een verkrijger die geen partij is bij die collectieve overeenkomst en dat daarmee diens fundamentele recht om zich niet te verenigen wordt aangetast.

Tot slot een recente interessante uitspraak van het Hof Den Bosch (LJN BB0038). Hoewel de zaak nog niet is uitgeprocedeerd en het hier een kort geding betreft, is deze voor de overnamepraktijk van groot belang. In deze zaak ging het om ongeveer 220 werknemers die van ING waren overgegaan op de verkrijger. Uitgangspunt daarbij was dat de werknemers een gelijkwaardig arbeidsvoorwaardenpakket werd aangeboden door de verkrijger. Voor zover de verkrijger specifieke arbeidsvoorwaarden niet kon nakomen werd een overgangsregeling van drie jaar in het leven geroepen. De werknemers stelden zich op het standpunt dat al hun arbeidsvoorwaarden een op een mee overgingen. Het hof bepaalde dat in beginsel alle arbeidsvoorwaarden van ING, waaronder bijvoorbeeld korting op specifieke bankproducten, mee overgingen. Echter, het hof oordeelde eveneens dat niet viel uit te sluiten dat onder bijzondere omstandigheden het vorderen van nakoming van overgedragen rechten in strijd komt met de op de werknemer rustende verplichtingen van goed werknemerschap. Dit is in het bijzonder het geval wanneer nakoming van bepaalde arbeidsvoorwaarden gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het ligt op de weg van de verkrijger om dit te stellen en aannemelijk te maken. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan op

basis van deze uitspraak derhalve beoogd worden dat zeer bedrijfsspecieke arbeidsvoorwaarden, daarbij kan vooral gedacht worden aan die van financiële instellingen en de luchtvaart, niet een op een hoeven te worden overgenomen.

## Concurrentiebeding

Ten aanzien van het concurrentiebeding heeft de Hoge Raad op 5 januari 2007 een tweetal belangrijke arresten gewezen. In beide zaken (LJN AZ 2221 en LJN AZ 2224) ging het om een min of meer identiek feitencomplex van twee werknemers van dezelfde werkgever. In de arresten gaat de Hoge Raad nader in op het eerder in het arrest-Brabant/Van Uffelen (HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467) ontwikkelde 'zwaarder drukken-criterium'. De Hoge Raad merkt in het arrest nadrukkelijk op dat het hof terecht uit gegaan is van dit criterium, maar legt vervolgens uit hoe dit bezien dient te worden. De Hoge Raad merkt daarover op dat de rechter, gesteld voor de vraag of het concurrentiebeding op grond van de regel uit Brabant/Van Uffelen geheel of gedeeltelijk zijn geldigheid heeft verloren en opnieuw schriftelijk overeengekomen moet worden, niet alleen dient te onderzoeken of sprake is van een wijziging van de arbeidsverhouding van ingrijpende aard, maar ook of, en zo ja op grond waarvan, die wijziging meebrengt dat het concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken. Daarbij zal de rechter betekenis mogen hechten aan de mate waarin de wijziging van de arbeidsverhouding redelijkerwijze was te voorzien. Voorts is de enkele vaststelling dat zich een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding heeft voorgedaan in het algemeen onvoldoende voor het aannemen van het oorzakelijk verband met het aanmerkelijk zwaarder gaan drukken van het beding.

De rechter zal bij de beoordeling daarvan, aldus de Hoge Raad, eveneens moeten onderzoeken en in zijn motivering tot uitdrukking brengen of en zo ja die wijziging een belemmering zal vormen om een nieuwe gelijkwaardige werkkring te vinden. Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad derhalve niet alleen

Brabant/Van Uffelen nader uitgelegd, maar naar de mening van velen in de literatuur ook het concurrentiebeding een (nog) zwaardere binding gegeven dan reeds het geval was. Voor het zwaarder drukken van een concurrentiebeding dient de werknemer derhalve een dubbele toets te doorstaan. Niet alleen moet worden gesteld dát er een wijziging heeft plaatsgevonden, maar tevens moet (i) onderzocht worden óf het beding zwaarder is gaan drukken en (ii) in welke mate dit daadwerkelijk een belemmering vormt voor de werknemer.

## Kennelijk onredelijk ontslag

Over kennelijk onredelijk ontslag heeft de Hoge Raad zich de afgelopen periode weinig hoeven uit te laten. In de lagere rechtspraak is echter volop beweging te zien. Een discussie die de laatste periode veelvuldig opduikt in zowel literatuur alsook uitspraken op kantonrechtelijk niveau is de hoogte van de vergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW. Centraal staat daarbij de vraag of de kantonrechtelijke formule naar analogie moet worden toegepast in de 681-procedure. De trend in de recente jurisprudentie lijkt inderdaad de kantonrechtelijke formule (geheel of gedeeltelijk) ook in procedures ex art. 7:681 BW een zekere toepassing te geven.

Het Gerechtshof Arnhem (LJN BA9132) moest oordelen over de samenloop van vorderingen ex art. 7:681 BW en een vordering uit hoofde van werkgeversaansprakelijkheid uit art. 7:658 BW. De werknemer had sinds 1986 voor zijn werkgever gewerkt. In 2000 was de werknemer uitgevallen wegens ziekte, waarbij de diagnose OPS was gesteld. De werkgever heeft vervolgens wegens langdurige arbeidsongeschiktheid opgezegd. De werknemer heeft vervolgens schade gevorderd op basis van zowel kennelijk onredelijk ontslag alsmede op basis van werkgeversaansprakelijkheid. Het hof oordeelde dat dit mogelijk was. Naar het oordeel van het hof zien beide vorderingen op een andere schadeoor-

zaak en is samenloop van verschillende regelingen mogelijk. Dit is volgens het hof alleen dan anders als de rechtsgevolgen van de ene regeling niet gelijktijdig intreden of als de wet die nadrukkelijk uitsluit, hetgeen volgens het hof in dit geval niet zo is. De aard van de twee schadevergoedingen is volgens het hof ook anders, zodat ook om die reden een cumulatie van beide vorderingen mogelijk is.

Tot slot oordeelde het Hof Leeuwarden (LJN AZ0406) over de situatie dat een werknemer na toestemming van het CWI was ontslagen door middel van opzegging vanwege bedrijfseconomische gronden en het CWI aan de toestemming de (gebruikelijke) wederindienst-tredingsvoorwaarde had gekoppeld. Van belang was dat de werknemer in kwestie arbeidsongeschikt was. De werkgever had twee werknemers, die gelijktijdig met deze werknemer waren ontslagen op dezelfde gronden, na verloop van tijd op basis van deze voorwaarde voor bepaalde tijd werk aangeboden. De werknemer vorderde vervolgens een vergoeding vanwege kennelijk onredelijk ontslag, omdat de werkgever wel aan zijn oud-collega's, die een lagere anciënniteit hadden, werk had aangeboden maar niet aan hem. Het hof meende dat de werkgever, mede gelet op de re-integratieverplichting, en het feit dat de bedrijfsarts niet had gerept over een blijvende arbeidsongeschiktheid er niet van uit mag gaan dat hij de arbeidsongeschikte oud-werknemer niet hoefde op te roepen. Onder die omstandigheden was het gegeven ontslag volgens het hof kennelijk onredelijk.

## Werkgevers-aansprakelijkheid

Veruit de meeste arbeidsrechtelijke arresten in het afgelopen jaar betroffen de werkgeversaansprakelijkheid. In het arrest van 20 januari 2006 (LJN AT6013) liet de Hoge Raad het oordeel van hof in stand dat dat de zorgplicht zich met name doet gelden bij werktuigen die naar hun aard een veiligheidsrisico met zich meebrengen. Volgens de Hoge Raad gaf dit oordeel niet blijk van een te

ruime opvatting van art. 7:658. Verder oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever die de zorg voor de veiligheid van de werktuigen en gereedschappen overlaat aan een daartoe, objectief gezien, gekwalificeerde werknemer niet alleen daardoor reeds aan zijn verplichtingen ex art. 7:658 voldoet. De werkgever zal daarnaast steeds die maatregelen moeten treffen en aanwijzingen verstrekken als redelijkerwijs nodig om die werknemer in staat te stellen en ertoe te brengen ook daadwerkelijk de nodige zorg voor de veiligheid in acht te nemen.

In het arrest van 17 februari 2006 (LJN AU6927) bepaalde de Hoge Raad in een asbestzaak dat de omvang van de zorgplicht mede afhankelijk was van de duur en intensiteit van de asbestblootstelling. Verder bepaalde de Hoge Raad dat als gevolg van de lange duur sinds de blootstelling op de werkgever een verlichte bewijslast rustte om aan te tonen dat deze aan de zorgplicht had voldaan. In de arresten van 31 maart 2006 (LJN AU6092) en (AU6093) sloot de Hoge Raad aan bij eerdere uitspraken waarin een proportionele aansprakelijkheid werd aangenomen. Daarmee lijkt meer en meer de trend te worden bevestigd dat in zaken van werkgeversaansprakelijkheid, onder omstandigheden, er niet automatisch meer sprake is van een alles of niets-situatie, maar dat ook proportioneel schade wordt toegekend. In het arrest van 7 april 2006 (LJN AV4316) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het aanvangstijdstip van vorderingen ter zake van werkgeversaansprakelijkheid. De Hoge Raad achtte daarbij van belang de bekendheid met de oorzaak van de schade, de bekendheid van de identiteit van de aansprakelijke persoon en de mogelijkheid om daadwerkelijk een rechtsovereenkomst in te stellen.

In het arrest van 23 juni 2006 (LJN AW6166) geeft de Hoge Raad een nadere uitleg van het eerder gewezen Unilever/Dikmans-arrest (JAR 2000/261). In deze zaak ging het om een werknemer die als gevolg van blootstelling aan giftige stoffen OPS zou hebben opgelopen. De kantonrechter en het hof wijzen de aansprakelijkheid af omdat de werknemer onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat er een verband is tussen de

Collega's zijn er blind van geworden...  
Waarom zou ik er dan geen verbijzeld  
knit door hebben? Ik heb die troep  
toch ook opgesnoven!



gezondheidsklachten en diens werk. De Hoge Raad geeft in zijn arrest een nadere uitleg van het arrest-Unilever/Dikmans waarin de regel van de bewijslastverdeling is vastgelegd. Voor toepassing van deze bewijsregel zijn er twee vereisten. In de eerste plaats dat de werknemer niet alleen stelt en zonodig bewijst dat hij gedurende de werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, maar ook dat hij in de tweede plaats stelt en zonodig ook aannemelijk maakt dat hij aan een ziekte lijdt die door deze blootstelling veroorzaakt kan zijn.

De arresten van 2 maart 2007 (LJN AZ5834) en van 25 mei 2007 (LJN BA3017) hebben gemeen dat in beide sprake was van omstandigheden waarvan men weet dat daar risico's aan verbonden zijn. In het eerste arrest ging het om een Arubaanse zaak waar een werkneemster uitgleed na een tropische stortbui op glad geworden tegels. De Hoge Raad oordeelde dat het bij mensen die vertrouwd zijn met het Arubaanse klimaat een feit van algemene bekendheid is dat men met het gevaar van gladheid na regenval rekening moet

houden. In de tweede zaak diende de gehandicapte werkneemster volgens de Hoge Raad ermee bekend te zijn dat het staan op een verhoging in zijn algemeenheid gevaar met zich mee brengt. Deze uitspraken (weliswaar tezamen met aanvullende argumenten) lijken in lijn te liggen met eerdere uitspraken van de Hoge Raad, waarin in huis-tuinen-keukensituaties door de Hoge Raad minder snel aansprakelijkheid van de werkgever worden aangenomen.

## CAO

Ook veel CAO-uitspraken zijn casuïstisch, en daardoor minder interessant voor deze kroniek. Op 8 juni 2007 (LJN BA4118) heeft de Hoge Raad zich echter uitgelaten over het CAO-recht in zijn algemeenheid en het recht op toelating tot CAO-onderhandelingen in het bijzonder. Sinds 2000 is tussen de branchevereniging voor kinderopvang en de vakorganisaties regelmatig overleg gevoerd over de CAO. De onderhandelingen zijn daarover stukgelopen en de branchevereniging heeft vervolgens een CAO afgesloten met slechts een deel van de vakorganisaties, waarbij de AbvaKabo niet betrokken is. Vervolgens is dispensatie verleend door de Minister van Sociale Zaken voor de CAO Kinderopvang waar de AbvaKabo wel bij betrokken is. Als gevolg van de wetwijziging inzake ziektekosten moet over de eerste CAO weer heronderhandeld worden. Daar waar de AbvaKabo de eerste keer niet betrokken was bij de finale totstandkoming vordert zij nu wel toelating tot de (her)onderhandelingen. De Hoge Raad overweegt daarop dat de kans op het bereiken van overeenstemming met de AbvaKabo, daar waar dit eerst ook al niet was gelukt, (mede)bepalend is voor de vraag of de AbvaKabo een recht heeft om toegelaten te worden tot de onderhandelingen. De Hoge Raad oordeelt dat het daarbij in beginsel zo is dat een vakbond die een groot deel van de werknemers in de branche vertegenwoordigt moet worden toegelaten tot de onderhandelingen, althans daar recht op heeft. De Hoge Raad oordeelt echter ook dat waar een vakbond eerst niet tot overeenstemming heeft kunnen komen, zij duidelijk moet maken waarom zij in

afwijking van haar eerdere houding nu wel wenst deel te nemen en waarom dit overleg, anders dan de daarvoor gevoerde onderhandelingen wel kans van slagen heeft. De Hoge Raad overweegt verder dat partijen die overleg willen voeren over (aanpassing van) een CAO, binnen de grenzen van hetgeen gelet op de betrokken belangen redelijk is, vrijheid van onderhandelen hebben en dat zij daarbij niet zonder meer gehouden zijn een niet bij de CAO-partij zijnde vakbond tot dat overleg toe te laten, als zij de gerechtvaardigde verwachting hebben dat daardoor dit overleg wegens fundamenteel gebrek aan overeenstemming niet tot resultaat zal kunnen leiden.

## Gelijke behandeling

Zowel in rechterlijke uitspraken als die van de Commissie Gelijke Behandeling lijkt op dit gebied de laatste tijd een meer genuanceerde trend waarneembaar. We noemen twee uitspraken van de HR en een van het HvJ. In het arrest van 10 november 2006 (LJN AY9216) nam de Hoge Raad geen leeftijdsdiscriminatie aan bij de Staat der Nederlanden door het niet-vaststellen van een minimumloon voor 13- en 14-jarigen, daar waar de Staat dat wel deed voor 15-jarigen. De Hoge Raad heeft in dezen veel belang gehecht aan het feit dat de Staat aanvoerde dat regelgeving omtrent het werken van 13- en 14-jarigen primair tot doel heeft om deze kwetsbare groep te beschermen en dat voorkomen moet worden dat voor hen een uit financieel oogpunt aantrekkelijk alternatief wordt gevormd voor scholing. Het instellen van een minimumloon draagt volgens de Staat bij aan de legitimatie van werk door jeugdigen op die leeftijd, hetgeen onwenselijk is. De Hoge Raad is van oordeel dat hiermee voldaan is aan de vereisten van legitimiteit en doelmatigheid.

Ook een facultatieve aansluiting bij een pensioenregeling voor parttimers bij warenhuisfirma KBB leidde volgens de Hoge Raad niet tot ongelijke behandeling (HR 5 januari 2007, LJN AY8771). Volgens de Hoge Raad leidde het feit dat



parttimers een keuze konden maken om zich wel of niet aan te sluiten bij een pensioenregeling er in de praktijk niet toe dat deze regeling, met een ingestelde wachtperiode, dermate belemmerend was dat parttimers na ommekomst van de wachtperiode zich niet meer konden aansluiten. Pas als dat wel het geval zou zijn, zou er volgens de Hoge Raad sprake van zijn dat parttimers in een ongunstiger positie werden gebracht dan fulltimers.

Het Hof van Justitie ten slotte oordeelde in een arrest van 3 oktober 2006 (JAR 2006/267) dat een werkgever anciënniteit mag belonen zonder dat hij hoeft aan te tonen wat het belang ervan is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen werkzaamheden, tenzij de werknemer gegevens verschaft die ernstige twijfel daarover kunnen doen ontstaan. De uitspraak is door velen van belang geacht, omdat immers veel beloningsaspecten in het arbeidsrecht leeftijdgerelateerd zijn, men denke daarbij bijvoorbeeld aan de afspiegeling, hoogte van ontslagvergoeding et cetera. Vooral nog lijkt het er derhalve op dat het Hof van Justitie een dergelijk onderscheid gerechtvaardigd acht.



## Medezeggenschap

Op medezeggenschapsgebied is het afgelopen jaar een aantal interessante uitspraken geweest. Zo heeft het Hof Den Bosch (JAR 2007/33) bepaald dat een bonusregeling, ondanks dat deze niet staat opgenomen in de limitatieve opsomming van art. 27 WOR, wel degelijk onder omstandigheden onder het instemmingsrecht kan vallen. De limitatieve opsomming doet volgens

het hof niet af aan het feit dat doel en strekking van een besluit bepalend zijn voor de vraag of het besluit onder de werking van art. 27 WOR valt. Evenmin is relevant dat de bonusregeling veeleer een individuele strekking heeft. Het gaat immers volgens het hof om een regeling waarin aan de hand van duidelijk vooraf kenbare wegingsfactoren achteraf de hoogte van een bonus wordt bepaald. Het systeem kwalificeert zich daarmee als meesysteem.

Het Hof Den Haag (LJN AZ4149) heeft bepaald dat een voor onbepaalde tijd met de ondernemingsraad gesloten convenant door de gemeente Leiden, inzake extra advies- en instemmingsbevoegdheden, niet zonder enig voorafgaand overleg met de ondernemingsraad kon worden opgezegd. Voorts dienen daarvoor ook zwaarwichtige redenen te zijn die dwingen tot aanpassing van het convenant. In dat geval dient in overleg met de ondernemingsraad gezocht te worden naar een oplossing, waarbij partijen zich redelijk jegens elkaar dienen op te stellen. Alleen indien de ondernemingsraad zich ter zake van redelijke voorstellen onredelijk opstelt zal de gemeente het convenant, met inachtneming van een redelijke termijn, geheel of gedeeltelijk kunnen opzeggen, aldus het hof.

In het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2007 (LJN AZ1647) stond het primaat van de politiek centraal. In dat arrest vernietigt de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer

te Amsterdam. Deze had geoordeeld dat met het besluit tot volledige verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek tevens is besloten dat in de nieuwe kliniek alleen nog met arbeidsovereenkomsten gewerkt zou worden. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer lag in het besluit tot verzelfstandiging besloten dat de personele gevolgen van dat besluit eveneens werden geregeld en dat om die reden om advies had moeten worden gevraagd. De Hoge Raad is echter klip en klaar. Bij de onderwerpen die in art. 46 WOR zijn uitgezonderd van het adviesrecht geldt de aan het slot van deze bepaling bedoelde uitzondering alleen voor besluiten die strekken tot, of in het bijzonder gericht zijn op, de regeling van personele gevolgen.

Volgens de Hoge Raad had de Ondernemingskamer miskend dat het enkele feit dat een besluit personele gevolgen kent, hoewel die op zichzelf ingrijpend kunnen zijn, onvoldoende is om die uitzondering te aanvaarden. De Hoge Raad oordeelt derhalve dat het onvoldoende is dat een besluit tot personele gevolgen kan leiden. Het gaat er aldus om dat het adviesrecht is beperkt en alleen tot gelding kan komen ten aanzien van de personele gevolgen van een besluit en niet het besluit als geheel waarin de eventuele personele gevolgen besloten liggen.

(advertenties)



gratis proefmap?  
023-5422184

postbus 9687  
2003 LR Haarlem  
kb@systeem mappen.nl  
www.systeem mappen.nl

### De Trias dossiermap

“DE NIEUWE MAP VOOR DE ADVOCATUUR”



Prijzen vanaf  
€49,50  
p/100 stuks  
excl. BTW

- 12 KLEUREN
- ELASTIEK
- ONVERSLIJTBAAR