

In dit arbeidsrechtelijk jurisprudentieoverzicht van het vorige jaar een selectie van zaken die voor de praktijk het belangrijkst zijn. Daaronder ook vijf ontbindingskwesties wegens misbruik van internet en e-mail.

Ronald Beltzer

senior onderzoeker Hugo Sinzheimer Instituut, UvA

Muriel Middeldorp

advocaat te Haarlem en redactielid

Gerrard Boot

advocaat te Amsterdam

Kroniek

Arbeidsrecht 2000

Arbeidsovereenkomst

Binnen groepsstructuren is niet altijd duidelijk wie de werkgever is. Het Kantongerecht Amsterdam liet de werkgever voor die onduidelijkheid opdraaien: de werknemer mocht het ervoor houden dat zijn werkgever degene was op wiens adres hij zijn arbeidsovereenkomst sloot en van waaruit hij ook zijn werkzaamheden verrichtte (*JAR* 32).

Een eiser die gedurende 24 jaar ten behoeve van een uitgever tegen betaling samenvattingen schreef van (in andere periodes) verschenen medische artikelen ten behoeve van uitgaven van gedaagde, had volgens het Kantongerecht Amsterdam een arbeidsovereenkomst (*JAR* 19). Dat eiser opdrachten kon weigeren, thuis mocht werken en een wisselend aantal werkuren had deed daar niet aan af. Het feit dat een andere eiser opdrachten mocht weigeren, woog voor weer een andere kantonrechter te Amsterdam echter zwaar genoeg om geen arbeidsovereenkomst aan te nemen (*JAR* 166). Datzelfde gold voor de rechtbank aldaar, die echter stelde dat niettemin een arbeidsovereenkomst mocht worden aangenomen indien eiseres bijzondere omstandigheden zou bewijzen waarom in haar geval het weigeren van opdrachten voortvloede uit bijzondere omstandigheden. Daarin slaagde eiseres niet (*JAR* 176).

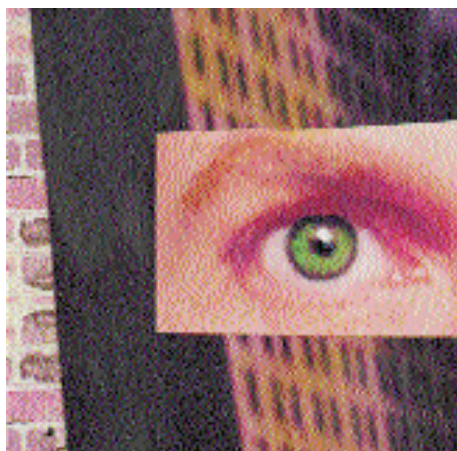
De werkgever kan het rechtsvermoeden van art. 7:610b, inhoudende dat de omvang van de arbeidsduur het gemiddelde van de laatste drie maanden bedraagt, weerleggen door aan te tonen dat deze maanden niet representatief zijn geweest. Daarbij kan hij echter niet wijzen op het feit dat de hoeveelheid werk van jaar tot jaar met een factor 4 of 5 kan verschillen, nu dat de rechtsbescherming van de flexibele arbeidskracht illusoir zou maken. De kantonrechter te Zierikzee stelde de referteperiode daarom op een jaar (*JAR* 23).

Het vermoeden van art. 7:610a BW moet niet zo worden uitgelegd dat wanneer geen drie maanden is gewerkt, er dus geen arbeidsovereenkomst bestaat. Dit artikel is slechts in het leven geroepen om de werknemer een bewijsvoordeel te geven. Voldoet een verhouding aan de elementen van een arbeidsovereenkomst, dan is er vanaf dag één een arbeidsovereenkomst, aldus het Kantongerecht Utrecht (*JAR* 57).

Artikel 7:680a BW (matiging) geldt slechts voor arbeidsovereenkomsten. Het is dus niet mogelijk bij andere arbeidsverhoudingen, zoals de overeenkomst van opdracht (in casu werden tennislessen gegeven) een beroep op dat artikel te doen, zo oordeelde de Hoge Raad (*JAR* 250).

Loon

Gelijke arbeid dient gelijk beloond te worden. Een blijvende (arbeids)markttoeslag is niet gerechtvaardigd indien collegae die niet ontvangen, bijvoorbeeld omdat inmiddels aan het systeem van toeslagen een einde is gemaakt (Kantongerecht Amsterdam, *JAR* 48). De rechtbank aldaar meende dat de invoering van een nieuw functiewaarderingssysteem een objectieve rechtvaardigingsgrond kan vormen om zittende en nieuwe werknemers ongelijk te betalen. Maar dan moet de werkgever dat systeem wel consequent toepassen en niet aan enkele nieuwe werknemers alsnog hogere salarissen toekennen (*JAR* 75). Een werkgever die het salaris van kantoorpersoneel wel en van buitendienstpersoneel niet indexeerde, kreeg van het Kantongerecht Amsterdam ongelijk. Tegenover het betoog van de werkgever dat het werk van buitendienstpersoneel van eenvoudiger aard was, stelde de kantonrechter dat dat element al was meegenomen in de hoogte van hun salarissen. De aan een indexering ten grondslag



Een blijvende (arbeids)markttoeslag is niet gerechtvaardigd indien collega's die niet ontvangen



liggende reden, namelijk aanpassing van het salaris aan stijgende kosten, geldt gelijkelijk voor beide groepen (*JAR* 125).

Een werknemer werd na 24 jaar van de semi-continuidienst naar de dagdienst overgeplaatst, mede vanwege zijn hoge ziekteverzuim en de gevolgen hiervan voor de bezetting. Hierdoor liep werknemer een onregelmatigheidstoeslag mis. De kantonrechter te Amsterdam meende dat werkgever een voldoende zwaarwegend belang had bij de overplaatsing en dat de werknemer daarmee als een goed werknemer (*Taxi Hofman-arrest, JAR* 1998/199) moest instemmen, zeker nu de werkgever een referteperiode van zeven jaar had aangehouden en gebleken was dat werknemer gedurende de laatste drie jaren een derde van de tijd ziek was geweest (*JAR* 242).

Loon en ziekte

Moet geklungel omtrent de keuring van een werknemer voor rekening van de werknemer komen? Het Kantongerecht Den Haag vond onaanvaardbaar dat de bedrijfsarts – in dezelfde maand waarin het Lisv de werknemer weer hersteld achtte – hem volledig arbeidsongeschikt achtte zonder dit oordeel te onderbouwen. Ook de bezwarencommissie had het bezwaar van de werknemer ongemotiveerd ongegrond geacht. Enkele maanden daarna had het Lisv zijn beslissing herroepen en was daarbij – ongemotiveerd – uitgegaan van het oordeel van de bedrijfsarts. Onder deze omstandigheden had de werkgever het loon van de werknemer niet mogen korten (*JAR* 107). Maar een werkgever die tegen de wil van de werknemer (die had willen blijven werken) op het oordeel van het GAK afging, inhoudende dat de werknemer (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt was, hoefde niet met terugwerkende kracht het loon te voldoen toen het GAK dat oordeel later introk. De kantonrechter te Rotterdam oordeelde: 'Een zorgvuldig werkgever stelt zijn werknemers immers niet nodeloos bloot aan door bevoegde instanties ingeschatte medische risico's en is voorts aansprakelijk voor de nadelige gevolgen die een werknemer van tewerkstelling kan ondervinden.' (*JAR* 129). De Hoge Raad oordeelde echter in een andere zaak dat wanneer een werkneemster zich – ondanks haar afkeuring door de verzekeringsarts – geschikt acht

haar eigen werk te verrichten, het voor rekening van de werkgever dient te komen wanneer dat oordeel van de verzekeringsarts in beroep ter zijde wordt gesteld (*JAR* 163). Hiermee lijkt de Rotterdamse uitspraak op losse schroeven te zijn gezet.

Proeftijd

De meeste opzegverboden gelden niet bij opzegging tijdens de proeftijd (art. 7:670b BW), maar het blijft verboden een vrouw wegens haar zwangerschap te ontslaan (art. 7:646 BW). Een dergelijke opzegging leidt eventueel tot vernietiging, niet tot schadeplichtigheid (art. 7:647 BW), zo stelde de Rechtbank Den Haag (*JAR* 77).

Hoewel de proeftijd voor de werkgever is bedoeld om een beeld te krijgen van de werknemer, is een opzegging tijdens proeftijd om een reden die daar niets mee van doen heeft – het ging om een reorganisatie – geldig en leidt zij niet tot een schadevergoedingsplicht. Dat is slechts anders indien de werkgever in strijd met goed werkgeverschap handelt (Kantongerecht Alphen aan den Rijn, *JAR* 88). Wel schadeplichtig was daarom een werkgever die de werknemer al op de eerste dag van de proeftijd liet vertrekken wegens de slechte financiële situatie van het bedrijf. Die situatie was de werkgever immers al tijdens de sollicitatie van werknemer bekend. Nu hij werknemer daarover niet had ingelicht, had hij zich niet als goed werkgever gedragen (*JAR* 91).

Concurrentiebeding

Een concurrentiebeding geldt alleen tussen de werknemer en de juridische werkgever. De president van de Rechtbank Maastricht bepaalde dat vennootschappen binnen een groep op dit punt vereenzelvigd mochten worden (*JAR* 116). De Rechtbank Utrecht ging niet van vereenzelving uit (*JAR* 117). De president van de Rechtbank Haarlem wees er nog eens op dat indien een concurrentiebeding in de Algemene Voorwaarden van het bedrijf is opgenomen, niet aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:653 BW is voldaan (*JAR* 148).

Ratio van het concurrentiebeding is het beschermen van het bedrijfsdebet van de werkgever. De curator die geen bedrijfsdebet beheert en de arbeidsovereenkomsten van de



Een werknemer hoeft niet in te stemmen met een salarisverlaging en een functiewijziging

werknemers al heeft opgezegd, kan die werknemers daardoor niet meer aan hun concurrentiebeding houden (Kantongerecht Utrecht, *JAR* 218).

Dat er minder snel reden is een relatiebeding te vernietigen dan een concurrentiebeding blijkt uit een appelzaak bij de Rechtbank Den Haag (*JAR* 11). Een detacheerder die zijn werknemer een relatiebeding oplegt, moet er echter rekening mee houden dat dat wordt vernietigd. Dat blijkt uit een uitspraak van het Kantongerecht Wageningen, dat – ook al is het belemmeringsverbod in de WAADI vervallen – met een beroep op de wetsgeschiedenis stelde dat dergelijke bedingen in het algemeen als te bezwarend moeten worden beschouwd (*JAR* 22). Daar komt nog bij dat dergelijke bedingen in de uitzend-cao verboden zijn verklaard. De president van de Rechtbank Amsterdam oordeelde overigens in tegengestelde zin (*JAR* 114).

Eenzijdige wijziging

In het Van der Lely/Taxi Hofman-arrest (*JAR* 1998/199) bepaalde de Hoge Raad dat uit goed werknemerschap voortvloeit dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk in het algemeen positief behoort in te gaan en dat hij dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan van hem redelijkerwijs niet kan worden gevergd. Over de reikwijdte van dit arrest is in het jaar 2000 regelmatig geprocedeerd.

Zo hoefden werknemers niet in te stemmen met de afschaffing van de regeling omtrent bedrijfsvervoer (Kantongerecht Zutphen, *JAR* 24). Het Kantongerecht Deventer oordeelde in gelijke zin ten aanzien van een voorstel voor een nieuwe reiskostenregeling. Dat een werkgever na een fusie de arbeidsvoorwaarden wilde harmoniseren kon op zich een zwaarwegend belang zijn in de zin van art. 7:613 BW, maar de redelijkheid van het wijzigingsvoorstel was door de werkgever niet onderbouwd en hij had ook niet met de werknemer overlegd (*JAR* 226). Een werknemer aan wie een toezegging was gedaan dat hij er na de reorganisatie niet in salaris op achteruit zou gaan, hoefde begrijpelijkerwijs niet in te stemmen met een voorstel van de werkgever toch met een verlaging in te stemmen nu de functie die hij zou gaan uitoefenen in een lagere salarisschaal viel (president Rechtbank Leeuwarden, *JAR* 99). Maar ook zonder zo'n toezegging hoeft een werknemer niet in te stemmen met een salarisverlaging en een functiewijziging. Dat ondervond Albert Heijn, die in het kader van een reorganisatie een slager in de functie van 'verkoper 2' wilde plaatsen. Hierbij was mede van belang 'het karakter van het slagervak, dat een echt ambacht is, waaraan de beoefenaar een belangrijke mate van zelfrespect mag ontnemen (...)' (Kantongerecht Zaandam, *JAR* 174).

Uitleg arbeidsvoorwaarden

Een cao wordt grammaticaal geïnterpreteerd, maar hoe wordt een sociaal plan uitgelegd dat niet als cao is aangemeld? Volgens de Hoge Raad geschiedt dat bij een sociaal plan dat met de vakbonden is overeengekomen op dezelfde wijze als bij een cao. Dat betekent dat niet het Haviltex-criterium, maar een grammaticale uitleg geldt indien een werknemer een beroep doet op een bepaling uit het sociaal plan (*JAR* 151).

Directieleden die niet onder een cao vallen, kunnen soms toch van een cao-loonsverhoging profiteren. Door een functieherwaarderling viel een werknemer buiten de cao en dientengevolge buiten de cao-loonsverhoging. Volgens de Hoge Raad had de rechtbank terecht overwogen dat 'de maatschappelijke realiteit is dat als gevolg van het omhooggaan van de maxima van de salarissen verbonden aan de functies in het echelon direct onder de

directie, onvermijdelijk een opwaartse druk ontstaat op de directiesalarissen'. De werknemer kon derhalve een loonsverhoging afdwingen (*JAR* 61). In een andere uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat afwijking van een cao-bepaling over overwerk ten nadele van de werknemer niet mogelijk is, ongeacht of de werknemer nu een hoger standaardloon ontving dan de cao voorschreef (*JAR* 43).

Wat gebeurt er met een dertiende maand indien de werknemer vóór uitbetaling uit dienst vertrekt? Volgens de kantonrechter te Breda is een dertiende maand niets anders dan uitgesteld loon en aanspraken daarop worden naar evenredigheid opgebouwd. De werknemer kon dus een gedeelte van de dertiende maand claimen (*JAR* 66).

Het Kantongerecht Brielle oordeelde dat het niet mogelijk was aan een cao-verplichting tot betaling van een reiskostenvergoeding te voldoen door daar de fooienpot voor te gebruiken: de fooienpot was immers bedoeld om onder werknemers te verdelen, niet om de werkgever aan een cao-verplichting te laten voldoen (*JAR* 68).

Overgang van onderneming

De vraag of iets een onderneming is leidt al jaren tot stromen van rechtspraak. Wanneer de belangrijkste aspecten van de werkzaamheden verdwijnen, is er geen sprake van een onderneming die overgaat (Kantongerecht Amsterdam, *JAR* 182). De relatie tussen vreemder en verkrijger is niet van belang voor het antwoord op de vraag of een onderneming overgaat. Het Hof van Justitie EG bepaalde dat ook binnen een groep met een centrale leiding een onderneming van de ene naar de andere dochtermaatschappij kan overgaan (*JAR* 31).

Om te kunnen overgaan dient de werknemer in dienst te zijn bij de onderneming die overgaat. De binnen een concern gedetacheerde werknemer gaat derhalve niet mee met de onderneming waar hij feitelijk werkt, maar niet in dienst is, zo stelde het Kantongerecht Rotterdam (*JAR* 143). Volgens het Hof van Justitie gaan evenmin personen over die volgens nationale wetgeving niet als werknemer worden beschermd: twee Italiaanse ambtenaren vielen derhalve niet onder de werking van de richtlijn overgang van ondernemingen toen hun overheidsont-

De zorgplicht van de werkgever strekt zich ook uit tot door de werkgever georganiseerde ontspannende activiteiten



derneming werd geprivatiseerd (*JAR 225*). Voor de omgekeerde situatie, deprivatisering, geldt de richtlijn volgens het Hof weer wel, nu de werknemers op het moment van overgang werknemers en geen ambtenaren zijn (*JAR 239*). Een werknemer hóéft niet over te gaan: doet hij duidelijk en ondubbelzinnig afstand van zijn recht op overgang naar de verkrijger, dan verliest hij van rechtswege zijn arbeidsovereenkomst, aldus de Hoge Raad (*JAR 152*).

Volgens artikel 7:663 gaan alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst over, maar vallen opties daar ook onder? In een tweetal uitspraken vond het Kantongerecht Amsterdam van wel (*JAR 1*). 26 werknemers waren in dienst van Aegon Nederland BV, alwaar voor hen een optieplan bestond. Vervolgens gingen zij over naar Amvest BV. De kantonrechter stelde vast dat de opties rechten zijn die op grond van artikel 7:663 BW waren overgegaan. Het verweer van Amvest dat het om een discretionaire bevoegdheid van de werkgever en niet om een arbeidsvoorwaarde ging kon niet baten: het had op de weg van de werkgever gelegen de optieregeling duidelijk te 'oormerken', zeker nu de optieregeling een aanzienlijke waarde vertegenwoordigde en al tien jaar gold. Nu dat niet was gebeurd, behoorde onduidelijkheid over de aard van het optieplan voor rekening van de werkgever te komen.

Ongevallen

De belangrijkste uitspraak over ongevallen betrof de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak-Erven Van Hese/De Koninklijke Schelde Groep (Hoge Raad, *JAR 122*). Van Hese was van 1959 tot 1963 blootgesteld aan asbeststof; in november 1996 overleed hij aan mesothelioom. De erven Van Hese vorderden schadevergoeding; De Schelde beriep zich op de verjaringstermijn van dertig jaar (na de schadeveroorzakende gebeurtenis) van art. 3:310 lid 2 BW. De Hoge Raad overwoog dat art. 6:2 lid 2 BW eraan in de weg kan staan dat een beroep op verjaring wordt gedaan, mits er sprake is van een uitzonderlijk geval. Zo'n geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken inderdaad tot schade zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade naar haar aard verbor-

gen is gebleven en pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken. Daarbij noemde de Hoge Raad (in rechtsoverweging 3.3.3) omstandigheden waarvan de rechter blijk moet geven ze in zijn beoordeling te hebben betrokken. Voorts moest art. 3:310 lid 2 BW volgens de Hoge Raad zo worden uitgelegd dat als gebeurtenis had te gelden de blootstelling aan asbest, hetgeen in verband met het derde lid inhield: het einde van die blootstelling (*JAR 122*).

Een onderaannemer van de werkgever waar werknemer werkte, werd door de erven van een aan mesothelioom overleden werknemer met succes uit onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld. Hoewel art. 7:658 BW op deze situatie niet van toepassing is, gold echter volgens de Rechtbank Amsterdam ook voor de onderaannemer het vereiste dat hij met voldoende feitelijke gegevens moest onderbouwen dat hij destijds voldoende veiligheidsmaatregelen had getroffen. Het verweer van de onderaannemer dat de werknemer niet alleen bij hem, maar ook bij zijn voormalige werkgever aan asbest was blootgesteld, zodat het causale verband ontbrak, werd verworpen: gedaagde was immers hoe dan ook hoofdelijk verbonden en daardoor voor het geheel aansprakelijk voor de schade (*JAR 96*). Dezelfde onderaannemer was partij in een tegen hem aangespannen zaak door de erfgenamen van een voorheen bij hem werkzame, inmiddels aan asbestose overleden werknemer. Met een verwijzing naar het arrest-Van Hese/De Schelde bepaalde de Hoge Raad dat de rechter naar wie de zaak werd terugverwezen aan de hand van de in dat arrest opgenomen criteria moest bepalen of toepassing van de verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (*JAR 237*).

Een redelijke uitleg van de zorgplicht van de werkgever ex art. 7:658 BW brengt mee dat deze zich ook uitstrekt tot door de werkgever georganiseerde ontspannende activiteiten, aldus de Rechtbank Utrecht. Werkneemster was tijdens een facultatieve rit met een door de werkgever gehuurde, niet van veiligheidsgordels voorziene Landrover, tussen twee zakelijke besprekingen in, gewond geraakt (*JAR 13*).

Als de werknemer weigert mee te werken naar elk onderzoek van zijn eventuele ziekte, is het ontbindingsverzoek zonder reïntegratieplan ontvankelijk

Misbruik internet en e-mail

Met de komst van internet en e-mail is een nieuwe ontbindingsgrond ontstaan; het tijdens werktijd gebruik/misbruik maken van deze middelen voor privé-doelinden. In de *JAR* verschenen het afgelopen jaar vijf uitspraken. In vier gevallen werd de ontbinding uitgesproken zonder dat aan de werknemer een vergoeding werd toegekend en in de vijfde zaak werd de ontbinding geweigerd. Deze laatste kwestie betrof een 55-jarige werknemer met een dienstverband van 25 jaar met lastige privé-omstandigheden (waaronder een gehandicapt kind). Hij werd op staande voet ontslagen toen zijn werkgever erachter kwam dat hij gedurende minimaal één uur per dag via de computer op het werk pornosites bezocht. De werknemer erkende de beschuldigingen, maar gaf aan dat hij niet gewaarschuwd was en dat er binnen het bedrijf geen regels golden voor het gebruik van de computer. Na het ontslag op staande voet vroeg de werkgever voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vanwege de door de werknemer aangevoerde omstandigheden weigerde de kantonrechter te Utrecht (*JAR* 199) de voorwaardelijke ontbinding. Weliswaar was het gedrag van de werknemer verwijtbaar, maar gelet op zijn langdurig (en blijkbaar goed ver-

lopen) dienstverband en de gevolgen van de beëindiging voor de werknemer vond de kantonrechter het ontbindingsverzoek te ver gaan. Mogelijk was de zaak anders afgelopen als de man niet eerst op staande voet ontslagen was, maar dat is slechts gissen. In de vier andere zaken (te Rotterdam, Haarlem, Apeldoorn en Hilversum) vond de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomst wel moest eindigen. In *JAR* 109 ging het om een werknemer die in 1999 gewaarschuwd was en vervolgens op de door de werknemer ter beschikking gestelde laptop wederom tijdens werktijd misbruik maakte van het internet. In *JAR* 170 merkte de kantonrechter op dat de werkgever in verband met 'privatisering op het werk' de privacy van de werknemer tot op zekere hoogte moet respecteren, maar dat dit anders is als gewelddadige pornografische afbeeldingen met een e-mail worden meegestuurd. De werknemer had moeten begrijpen dat daarvoor het bedrijfsnetwerk niet was bedoeld. Ook het onderzoeken van via een faxapparaat (om een 06-blokkade te omzeilen) door de werknemer gevoerde telefoongesprekken kon door de beugel. De kantonrechter in Apeldoorn (*JAR* 212) vond dat het via e-mail verspreiden van vanzijge teksten en afbeeldingen reden was voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar als er nog geen gedragscode binnen een bedrijf geldt en als geen waarschuwingen zijn gegeven, dan leveren deze misdrijvingen geen dringende reden op; de kantonrechter ontbond dus op basis van gewijzigde omstandigheden. In de zaak die speelde voor de kantonrechter in Hilversum (216) kon de werknemer niet aannemelijk maken dat extern op zijn computer was ingebroken. KPN had de werkgever gemeld dat de telefoonrekening hoog opliep, vanwege het frequent bezoeken van internetsites; dat gebeurde consequent tijdens werktijd en via een stand-alone-computer. Ook deze werknemer kon zonder vergoeding vertrekken.

Ontvankelijk zonder reïntegratieplan

Een van de voor de ontslagpraktijk belangrijkste uitspraken van het afgelopen jaar was de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak-ING/Kuijper (*JAR* 224). In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat de rechtbank niet buiten het toepassingsgebied van artikel 7:685

BW was getreden toen hij de ING-bank ontvankelijk achtte in haar ontbindingsverzoek, ondanks het ontbreken van een reïntegratieplan. Juist omdat het ontvankelijkheidsver-eiste in artikel 7:685 staat, kan de rechter niet buiten het toepassingsgebied treden door te beoordelen of er sprake is van ontvankelijkheid of niet. In overwegingen ten overvloede sanctioneert de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank dat een werkgever ontvankelijk is, ondanks het ontbreken van een getoetst reïntegratieplan, indien de werknemer zich categorisch aan controle onttrekt; in zo'n geval kan immers ook niet worden vastgesteld of de werknemer ziek is. Dat klemt temeer als de werknemer zich vaker schuldig heeft gemaakt aan het overtreden van de ziekteverzuimvoorschriften. Terecht had de rechtbank onderzocht of de vraag of de werknemer zich niet hield aan de ziekteverzuimvoorschriften, mogelijk verband hield met de aard van de ziekte. Anders gezegd: als er reden is om aan te nemen dat de werknemer niet ziek is en als de werknemer categorisch weigert mee te werken aan een onderzoek naar de vraag of hij ziek is, kan de werkgever een ontbindingsverzoek indienen zonder daarbij een getoetst reïntegratieplan over te leggen.

Opzeg- en aanzegtermijn

Er verscheen een zestal uitspraken over de toepassing van art. 16 WW, in combinatie met art. 7:672 BW en het overgangsrecht ter zake van de voor de oudere werknemers geldende opzegtermijn. In *JAR* 40 oordeelde de Rechtbank Zutphen dat de uitvoeringsinstelling bij de toepassing van art. 16, lid 3 WW uitsluitend heeft te kijken naar art. 7:672 BW en dus niet mag uitgaan van de op grond van het overgangsrecht voor de oudere werknemer geldende langere opzegtermijn. Voorts oordeelde de rechtbank dat geen rekening gehouden mocht worden met de dag waartegen opzegging (lid 1 van art. 7:672 BW) dient te geschieden; de aanzegtermijn moet dus buiten beschouwing blijven. Ook de Rechtbank Almelo (*JAR* 175) was van mening dat de uitvoeringsinstelling geen rekening mocht houden met de aanzegdag. Indien de wetgever zou hebben beoogd bij het bepalen van de termijn tevens de aanzegdag te betrekken, dan was daarvan wel expliciet melding gemaakt. Het standpunt van de uitvoeringsinstelling

**Eerlijkheid duurt
het langst, maar het
kan lang duren
voordat eerlijkheid
wordt beloond en
soms staan daaraan
zelfs wetten in de
weg**

zou er bovendien toe leiden dat een volstrekt willekeurig element (namelijk de dag van de maand waarop de kantonrechter de ontbindingsbeschikking afgeeft) van grote betekenis wordt. Tot hetzelfde oordeel kwam ook de Rechtbank Rotterdam (*JAR* 177). De Rechtbank 's-Hertogenbosch dacht over de problematiek anders (*JAR* 219). Onder 'rechts geldende termijn' moet wel degelijk ook het overgangsrecht worden begrepen. Niet valt in te zien waarom de overgangsregeling ertoe zou moeten leiden dat voor de werkgever een langere termijn geldt, terwijl de werknemer zich tegenover de uitvoeringsinstelling op een kortere termijn zou kunnen beroepen. Voorts is de rechtbank van mening dat wel degelijk ook de aanzegperiode in acht genomen moet worden genomen. Maar deze periode moet, anders dan de uitvoeringsinstelling had gedaan, ook in deze situatie worden bepaald aan de hand van het oude artikel 7:670 BW.

En wat geldt voor de werkgever? De Rechtbank Maastricht (*JAR* 204) vond dat een werkgever ten onrechte de 'RDA-kortingsmaand' had toegepast op de opzegtermijn die voor de oudere werknemers gold. Daartoe oordeelde de rechtbank dat de gedachte achter de overgangsregeling (deels) teniet zou worden gedaan als, ondanks de langere termijn, wel de kortingsregeling van toepassing zou zijn. De kantonrechter in Rotterdam oordeelde in *JAR* 243 tegengesteld op grond van de wetsgeschiedenis.

Zieke bestuurder

Als de werkgever een ontslagvergunning voor de werknemer aanvraagt en de werknemer wordt ziek nadat het verzoek door de RDA is ontvangen, dan staat zijn ziekte aan opzegging niet in de weg. Wat geldt voor de bestuurder, voor wiens ontslag voorafgaande toestemming van de RDA niet vereist is? De president van de rechtbank Breda vond dat de bestuurder die zich ziek meldt na de oproep voor een aandeelhoudersvergadering en voordat die vergadering daadwerkelijk plaatsvindt, vervolgens niet tegen het ontslagbesluit kan opkomen wegens zijn ziekte; er moet een analoge regeling gelden als bij de RDA-procedure. Het hof bekrachtigde deze uitspraak (*JAR* 76 en 207).

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam het

Hof 's-Hertogenbosch toen een statutair directeur zich ziek meldde na afloop van een aandeelhoudersvergadering en vóór de bevestiging van het tijdens die vergadering genomen ontslagbesluit; de bestuurder moest uit de aandeelhoudersvergadering begrepen hebben dat beoogd werd niet alleen de vennootschapsrechtelijke maar ook de arbeidsrechtelijke banden door te snijden (*JAR* 135).

Ontbinding en opties

Denk niet te snel aan de hand van het arrest-Baijings (*JAR* 1997/248) dat optieschade na een ontbindingsprocedure in een bodemprocedure nog wel aan de orde kan komen. Alleen als de kantonrechter eigener beweging aangeeft de optieschade niet te willen meenemen in de beoordeling van de ontbindingsvergoeding, staat de weg naar de bodemprocedure mogelijk nog open; die mogelijkheid bestaat niet als op verzoek van een der partijen de eventuele optieschade buiten beschouwing gelaten wordt. In principe hoort immers ook optieschade in de beoordeling van de vergoeding ex artikel 7:685 lid 8 beoordeeld te worden (*JAR* 9: Walvisch/Star Reachers).

Bijzondere procedures

Eerlijkheid duurt het langst, maar het kan lang duren voordat eerlijkheid wordt beloond en soms staan daaraan zelfs wetten in de weg. Dit ondervonden de ex-werknemers van Pratt & Whitney (Hoge Raad *JAR* 18). Werkgever had in de RDA-procedure welbewust onjuiste informatie verstrekt omtrent de bedrijfseconomische situatie van het bedrijf en de RDA had op basis van die informatie ontslagvergunningen afgegeven. Meer dan zes maanden na afloop van de opzegtermijn bemerkten de werknemers het bedrog. Voor de rechtbank en de A-G was de vraag hoe deze werknemers te hulp te komen: door hun vordering gebaseerd op onrechtmatig handelen van de werkgever te honoreren of door in een geval als dit de vervaltermijn van het kunnen instellen van een vordering op basis van kennelijk onredelijk ontslag te verlengen. A-G Bakels opteerde voor het laatste, maar de Hoge Raad bevestigde het vonnis van de rechtbank. Het na opzettelijke misleiding van de RDA verkrijgen en gebruikmaken van een ontslagvergunning kan een onrechtmatige daad opleveren,



waarbij door de benadeelde werknemers schadevergoeding kan worden gevorderd. Tevens kan een aldus gegeven ontslag kennelijk onredelijk zijn. Tegen een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst blijft zich de uitspraak van de Hoge Raad 11 mei 1979 (*NJ* 1979, 441) verzetten.

Een werknemer die zich door de handelwijze van de RDA gedupeerd voelde kwam minder ver. Zijn werkgever verzocht en verkreeg ondanks inhoudelijk verzet een ontslagvergunning op basis van een bedrijfseconomische situatie. De Nationale Ombudsman oordeelde de door de werknemer hiertegen ingestelde klacht gegrond. De werknemer vorderde in een kort geding tegen de RDA een voorschot op de te betalen schadevergoeding op basis van door deze gepleegd onrechtmatig handelen. De president beoordeelde of sprake was van schending van het anciënniteitsbeginsel en kwam daarbij tot de conclusie dat dat niet het geval was (*JAR* 189).

Opzegging zonder vergoeding

Het jaar 2000 heeft niet de gewenste duidelijkheid gegeven op de vraag of opzegging van een arbeidsovereenkomst in beginsel gepaard dient te gaan met het aanbieden van een vergoeding. Voor één categorie werknemers ligt dat misschien anders, en wel de zieke, oudere (50-plus) werknemer, met een langdurig (meer dan vijftien jaar) dienstverband, die een slechte positie op de arbeidsmarkt heeft. De Hoge Raad had in 1998 (*JAR* 1998, 82) en 1999 (*JAR* 1999, 149) al geoordeeld dat de werkgever onder die omstandigheden een werknemer niet zonder een behoorlijke financiële vergoeding mag heen zenden. Die gedachte is door een enkele lagere rechter in de kennelijk onredelijke ontslagbeoordelingen gevolgd. Rechtbank Zwolle (*JAR* 15) kende de zieke werknemer van 55 jaar met zeventien dienstjaren een vergoeding toe op basis van de kantonrechterformule, waarbij, gelet op de in acht genomen opzegtermijn en onverplicht betaalde aanvulling op arbeidsongeschiktheidsuitkering, de correctiefactor op 0,6 werd gesteld.

Daar waar de werkgever voor de werknemer (56 jaar oud, 34 jaar in dienst) een arbeidsongeschiktheidsverzekering had getroffen die een aanvulling verzorgde tot 80 pro-

cent van het laatstgenoten salaris, werd dat door de kantonrechter te Gorinchem (*JAR* 106) een voldoende en adequate voorziening geacht, ofschoon collega's die wegens reorganisatie ontslagen waren, een hogere vergoeding hadden ontvangen.

De Rechtbank Den Bosch (*JAR* 70) kende aan een werknemster (leeftijd onbekend, tien jaar dienstverband, langdurig arbeidsongeschikt en daarom met 'evident verminderde kansen op de arbeidsmarkt') een vergoeding toe met correctiefactor 1,5 (waarop de in acht genomen opzegtermijn in mindering werd gebracht), omdat de handelwijze van werkgever mede de oorzaak was geweest van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid.

Opvallend zijn echter de vele beslissingen waarbij – maar dan betreft het ofwel jongere werknemers, ofwel werknemers met een korter dienstverband – geen of slechts zeer geringe vergoedingen worden toegekend.

Het Kantongerecht Utrecht (*JAR* 94) oordeelde dat het niet aannemelijk was dat de arbeidsongeschiktheid direct voortvloeide uit de werkomstandigheden en verder had de werkgever voldoende gepoogd de werknemer (43 jaar oud, zeventienjarig dienstverband) te reïntegreren. De schade als gevolg van het ontslag bleef daarom voor rekening van de werknemer. Ook de kantonrechter te Rotterdam kende geen vergoeding toe aan een werknemer met een dienstverband van 22 jaar (leeftijd: 41) omdat onvoldoende aannemelijk was dat de arbeidsongeschiktheid veroorzaakt was door de werkgever en evenmin aannemelijk was dat pogingen tot reïntegratie waren verricht. Daarbij was, gelet op de aard van de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure (duur procedure; ontbreken mogelijkheid tot intrekking van het verzoek), de kantonrechtersformule in 681-zaken volgens deze kantonrechter niet toepasbaar (*JAR* 144). Zo beslisten ook ten principale het Kantongerecht Breda (*JAR* 197) en de Rechtbank Middelburg (*JAR* 161).

Kennelijk onredelijk ontslag en sociaal plan

Een sociaal plan wordt, overeenkomstig de tweede kantonrechteraanbeveling van april 1998, slechts marginaal getoetst. Niettemin sneuvelde bij een kantonrechter te Almelo (*JAR* 165) toepassing van het sociaal plan op

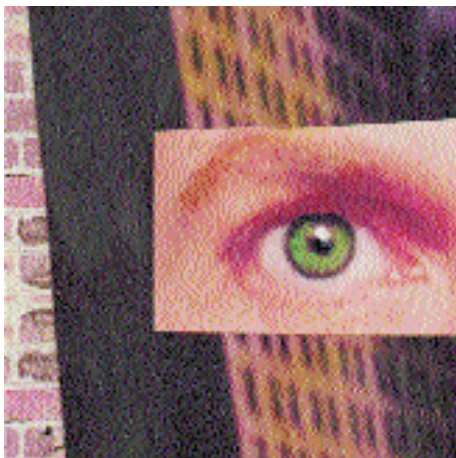
grond waarvan de werknemer (53 jaar oud, 35 dienstjaren) een aanvulling zou ontvangen van gekapitaliseerd 8,8 maandsalarissen. Dat collega's een relatief karige vergoeding hadden ontvangen vormde reden voor matiging, maar toch kreeg de werknemer mede vanwege de financiële gevolgen van het ontslag 100.000 gulden bruto vergoeding toegekend. Ook tot een iets hogere dan de aangeboden vergoeding (een suppletie van 30 procent gedurende dertig maanden, in plaats van 20–25 procent gedurende 26 maanden) kwam het Kantongerecht Lelystad (*JAR* 128).

Bij een reorganisatie, waarbij één werknemer via de RDA-route was ontslagen onder toekenning van een vergoeding volgens het sociaal plan, en vijf andere via de 685-procedure (nadat voor hen de ontslagvergunningen eerder waren geweigerd), met toekenning van een hogere vergoeding volgens de kantonrechtersformule, leidde die ongelijkheid niet tot het aanmerken van het eerstgenoemde ontslag als kennelijk onredelijk. Beoordeling van die kennelijke onredelijkheid vindt plaats op (uiterlijk) de ontslagdatum, en toen wist de werkgever nog niet dat in de andere ontbindingsprocedures hogere vergoedingen zouden worden vastgesteld (*JAR* 147).

Kennelijk onredelijk ontslag

Een foutenfestival (Stichting Thuiszorg Midden Limburg) belandde bij de Hoge Raad (*JAR* 29). In een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure kende de rechtbank 54.000 gulden toe, zich niet uitlatend over het bruto- of nettokarakter. Zonder partijen nader te horen werd bij herstelvonnis bepaald dat een netto-bedrag bedoeld was. Dat zou echter méér zijn dan het door de werknemer gevorderde bruto-bedrag, waarvan de rechtbank in haar eerste vonnis had gesteld dat dat te veel was. Een dergelijke onbegrijpelijke 'verbetering' achtte de Hoge Raad ontoelaatbaar. Datzelfde harde oordeel trof ook het standpunt van de rechtbank dat de stelplicht en bewijslast in een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure op de werkgever rusten.

Wanneer een werknemer een ontslag kennelijk onredelijk noemt vanwege meerdere op zichzelf staande redenen, kan de vordering alleen worden afgewezen wanneer ieder van die gronden geen doel treft. Werknemer baseerde zijn vordering op de a-grond (valse



reden) alsmede op de b-grond (te ernstige gevolgen). In hoger beroep gaf de rechtbank hem een bewijsopdracht met betrekking tot de a-grond en toen werknemer daar niet aan voldeed werd de vordering zonder nog iets te zeggen over de b-grond afgewezen. Daarmee had de rechtbank naar de mening van de Hoge Raad zijn oordeel onvoldoende met redenen omkleed (*JAR* 84).

Een werknemer, 53 jaar oud, 24 dienstjaren, werkte laatstelijk als chef taxicentrale. Werkgever was ontevreden over zijn functioneren en bood de functie van taxichauffeur aan. Werknemer weigerde dat en na een vergunning van de RDA werd de arbeidsovereenkomst opgezegd onder toekenning van een bescheiden vergoeding. Werknemer wilde en kreeg meer: de Hoge Raad bepaalde dat het 'Van der Lely/Taxi Hofman-criterium' vanzelfsprekend óók geldt in kennelijk-onredelijk-ontslagprocedures (*JAR* 120).

Voor sommige werknemers (onderwijsgevend, bij overheidsinstellingen of geestelijken) bestaat de ontslagbescherming uitsluitend uit het kunnen voeren van de 681-procedure: voor hen geldt het BBA niet en bestaat ook geen andere vorm van preventief toezicht. Dat bij gebreke van een preventieve toets zwaardere eisen worden gesteld aan de zorgvuldigheid van de opzegging(sprocedures) ondervond een kerkelijk genootschap (*JAR* 187). Ten aanzien van de door haar ontslagen predikant gold weliswaar een kerkelijke interne rechtsgang, maar de predikant had zich daar niet mogen laten bijstaan, hoor en wederhoor was nauwelijks toegepast en onduidelijk was waar het oordeel van de beroepscommissie, dat geen verdere samenwerking meer mogelijk was, op gebaseerd was. De kantonrechter te Utrecht kende daarom een vergoeding toe, gebaseerd op de kantonrechttersformule met een correctiefactor 2.

Ontslag op staande voet

Door de Hoge Raad is in 1999 (*JAR* 1999, 102) beslist dat bij de beoordeling of een ontslaggrond een dringende reden vormt, ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer moeten worden meegewogen. Waar dat toe leidt ondervond Hema, die een werknemer na afloop van diens laatste werkdag en voorafgaand aan zijn vut, op staande voet

ontslag wegens diefstal van twee blikken motorolie. Met het ontslag op staande voet zou iedere vut-aanspraak komen te vervallen. Door die persoonlijke omstandigheid niet mee te wegen had de rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dat Hema gewacht had met het ontslag totdat de werknemer was teruggekeerd van zijn vakantie, werd het bedrijf niet kwalijk genomen, omdat men hem direct de indruk had gegeven de zaak hoog op te nemen (door hem te schorsen) en verder door de zaak na werknemers terugkeer met de nodige voortvarendheid op te pakken.

Niet onverwijd gegeven was in de visie van het Kantongerecht Amsterdam het ontslag waarbij op 24 februari de relevante feiten (ten aanzien van een bankdirecteur die zakelijke en privé-belangen naar de mening van zijn werkgever te veel vermengd had) vaststonden, werknemer geschorst werd en werkgever tot 6 april doorging met onderzoek om te kijken of er nog sprake was van andere onregelmatigheden (*JAR* 156).

Zeer vasthoudend en uiteindelijk succesvol was de van seksuele intimidatie beschuldigde Riagg-medewerker (*JAR* 149). Na een op die grond gebaseerd ontslag op staande voet werd de voorlopige voorziening afgewezen en het op dezelfde zitting behandelde voorwaardelijke-ontbindingsverzoek zonder vergoeding toegewezen. De Rechtbank Maastricht oordeelde in hoger beroep daarentegen dat de feiten geen ontslag op staande voet rechtvaardigden. De werknemer kreeg de kans zich op de onregelmatigheid en de kennelijke onredelijkheid van het ontslag te beroepen. Die kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure leverde hem dan bij de rechtbank – vanwege de financiële gevolgen van het ontslag – zes ton vergoeding op.

Opvallend was het oordeel van het Hof Arnhem (*JAR* 206), dat aan de beoordeling van de ontslaggrond van een op staande voet ontslagen directeur niet toekwam: omdat diens vennootschapsrechtelijk ontslag in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid (hij was namelijk niet voorafgaand gehoord) werd het ontslag ook op arbeidsrechtelijke gronden nietig geoordeeld.

Twee uitspraken betroffen ziekte in verband met een dringende reden. Voor de advocaat-generaal legde het oordeel van de



Bij beoordeling van ontslag op staande voet moeten ook persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals vut-aanspraken, worden meegewogen

huisarts ('ziek') het af tegen een herhaald andersluidend oordeel van de bedrijfsarts ('arbeidsgeschikt'). In dit geval mocht de werknemer niet vertrouwen op het advies van zijn huisarts (Hoge Raad, *JAR* 194).

Een alcoholverslaafde werd, na meerdere waarschuwingen en begeleiding door de werkgever om hem van zijn alcoholprobleem af te helpen, wegens herhaalde afwezigheid op staande voet ontslagen. Ondanks de constatering van de rechtbank dat werknemer ten aanzien van zijn afwezigheid geen verwijt trof, vond de Hoge Raad, onder verwijzing naar Hoge Raad 3 maart 1989 (*NJ* 1989, 549), het ontslag geldig (*JAR* 223).

Overig procesrecht

Na bedrog (bijvoorbeeld het door werknemer tijdens de ontbindingszitting onjuist informeren over zijn concrete uitzicht op ander werk)

kan een werkgever een rekest civiel instellen; hij moet dan echter niet de gelegenheid tot intrekking van het ontbindingsverzoek na het ontdekken van dat bedrog ongebruikt voorbij hebben laten gaan (Kantonrechter Utrecht, *JAR* 172).

Aan alles komt een eind: niet alleen aan deze kroniek, maar ook aan het geduld van de rechter. De president van de Rechtbank Amsterdam wees een BBA-beroep op de nietige opzegging en een vordering tot doorbetaling van 'loon' in het kader van een freelance overeenkomst af omdat eenzelfde vordering al bij de kantonrechter (op basis van art. 116 Rv) was ingediend: een goede procesorde verzet zich ertegen dat de door die eerdere rechter kennelijk als ongenoegzaam beoordeelde grondslag opnieuw inhoudelijk wordt getoetst (*JAR* 257). n


(advertentie)

FIF 33 ROTTERDAM

Rechtspraak- en informatiecentrum voor de advocatuur
Voornamelijk in bedrijven en overheden binnen- en buitenland

<ul style="list-style-type: none"> • overtuigingsmiddelen • strafrechtelijke zaken • fiscale 	<ul style="list-style-type: none"> • overtreedings- en strafrechtelijke zaken • strafrechtelijke zaken • privaatrechtelijke zaken
---	--

Telefoon: 010 - 477 33 22 E-mail: inf@fif33-rotterdam.nl
 Fax: 010 - 477 08 30 Internet: www.fif33-rotterdam.nl



Via uw online benodigde aan voor ons totaalspakket aan de rechter
 Het adviesbureau: Medisch Adviesbureau Bins, 2512 GN DEN HAAG
 Contact: dr. J.W. Bins, arts RGA

Het wordt te Link Later

HV&PARTNERS

VOOR JURISTEN, VAST OF INTERIM


[WWW.ADVOCATENWERK.NL](http://www.advocatenwerk.nl) TEL 010 - 240 06 05

Wij leveren uw medische argumentatie

Medisch Adviesbureau Bins
 Laan 20
 2512 GN DEN HAAG

telefoon 070 345 98 08
 fax 070 345 98 11
 dr.mr. J.W. Bins, arts RGA