

# Kroniek arbeidsrecht 2002

Gerrard Boot en Muriel Middeldorp  
advocaten te Amsterdam, respectievelijk Haarlem

Zoals elke jaar presenteren we ook nu weer het overzicht dat Muriel Middeldorp en Gerrard Boot maakten van de belangrijkste arbeidsrechtelijke jurisprudentie van 2002. De nummers tussen haakjes verwijzen naar uitspraken uit JAR 2002.

## ARBEIDSOVEREENKOMST?

Malhi werd door een schoonmaakbedrijf gedetacheerd bij de ABN AMRO-bank. Hij maakte binnen de bank al snel promotie, omdat hij ook verstand van computers had. Maar de Hoge Raad bepaalde dat de tussen het schoonmaakbedrijf en Malhi gesloten arbeidsovereenkomst niet stilzwijgend over was gegaan in een arbeidsovereenkomst met de bank, omdat de bank en Malhi zich daartoe niet jegens elkaar hadden verbonden (100). Een in Polen geworven 'hulp in de huishouding ten behoeve van de kinderen' deed in de praktijk ook schoonmaak- en verbouwwerkzaamheden in het huis van het gastgezin, waartoe zij ook opdrachtbriefjes kreeg. Hoewel de kantonrechter stelde dat op au pairs het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW niet van toepassing is, vond hij toch dat sprake was van een arbeidsovereenkomst met de daarbijbehorende aanspraak op minimumloon (58 en 237). Ook een franchisenemer deed een geslaagd beroep op dit rechtsvermoeden (225). Het Hof Amsterdam oordeelde dat een verkoper van aandelen wilens en wetens een managementovereenkomst met de koper was aangegaan, hoewel in een eerdere conceptovereenkomst sprake was van het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Hij kon daarom na beëindiging van de managementovereenkomst door de koper geen ontslagbescherming claimen (32). Ook ten aanzien van een gerechtstolk werd geen arbeidsovereenkomst aangenomen. Hij stond hem vrij aan opdrachten wel of niet gehoor te geven, hij werd tijdens ziekte en vakantie niet doorbetaald en zorgde zelf voor de afdracht van inkomstenbelasting; er werd dus geen werkgeversgezag aangenomen (62).

## AANPASSING ARBEIDSDUUR

Een voorafgaand aan de WAA gedaan verzoek tot vermindering van de arbeidsduur stond er niet aan in de weg binnen 2 jaar nadien, nu wel met een beroep op de WAA, een nieuw verzoek in te dienen. De kantonrechter stond toe dat een filiaalleidster 25 uur per week ging werken, waarmee zij de helft van de totale openingstijd van de winkel aanwezig zou zijn, mits deze 25 uur over vier dagen per week werden gespreid (7). Een andere kantonrechter veroordeelde de werkgever bij wijze van voorziening de werkneemster gedurende de door deze gewenste 22 uur per week tot het werk toe te laten, in plaats van de 38 uur die zij voorheen werkte. Het bezwaar van de werkgever dat de vrijkomende uren niet konden worden ingevuld, werd verworpen, omdat de werkgever daarnaar weliswaar intern onderzoek had gedaan, maar niet extern (57). Het bedrijfsbeleid dat een unit-coach continu bereikbaar moet zijn vormde voor de werkgever een onvoldoende zwaarwegend belang zich tegen een arbeidsduurvermindering van 32 naar 24 uur per week te verzetten, omdat de desbetreffende werkneemster voorafgaand aan haar verzoek, gebruikmakend van ouderschapsverlof en het opnemen van vakantiedagen, ook tot tevredenheid drie dagen per week had gewerkt (281). Een zwaarwegend bedrijfsbelang werd wel aangenomen in een zaak waarin met de ondernemingsraad was afgesproken dat een artsenvertegenwoordiger vanwege overheadtijd (vergaderingen en opleiding) minimaal 32 uur per week moest werken (140). Kleine werkgevers vallen niet onder de hoofdregeling van de WAA, maar moeten een regeling

Ik goende har die kort  
werkweek omdat taidelik  
was...



treffen. Op het verzoek van de werknemer van een kleine werkgever die dat niet had gedaan, viel de door de rechter toegepaste belangenafweging in het voordeel van de werkgever uit: zijn twee werknemers moesten constant samenwerken en er was voor de vrijkomende uren geen duurzame vervanging te regelen (88).

## AANSPRAKELIJKHEID WERKGEVER/BEROEPSZIEKTEN

Als een werkgever zijn werknemer uitleent aan een derde en de werknemer aldaar een bedrijfsongeval overkomt, dan is de uitlener

voor het door de inlener gepleegd tekortschieten in de zorgverplichting aansprakelijk alsof het een eigen tekortschieten betreft. Of de uitlener over het werk bij de inlener nog zeggenschap had, is daarbij niet van belang (HR 260).

Schade opgelopen tijdens woon-werkverkeer valt niet onder het bereik van art. 7:658 BW, omdat zich dat niet binnen het kader 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' afspeelt. Een werknemer vervoerde op aanwijzing van de werkgever niet alleen zichzelf maar ook collega's. Hij ontving daarvoor, naast een autokostenvergoeding, ook een reisurevergoeding; deze situatie valt op een lijn te stellen met een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Het dan niet-vergoeden van de door de werknemer geleden schade als gevolg van een verkeersongeval is in strijd met art. 6:248 BW (HR 205). Het niet-vergoeden van tijdens woon-werkverkeer geleden schade kan ook in strijd zijn met goed werkgeverschap (267, met verwijzing naar JAR 2001/24).

De werkgever die zich beroept op opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, moet dat bewijzen: een koerier die met grote snelheid tegen een pilaar van een tankstation was gereden, was misschien als gevolg van zijn ziekte korte tijd bewusteloos geweest; de bewuste roekeloosheid was daarom niet komen vast te staan (95).

Een piloot overkwam een verkeersongeval tijdens wachttijd (tussen twee vluchten in) in de Ivoorkust. Die wachttijd is geen werktijd; de in de Ivoorkust niet-verhaalbare schade als gevolg van het ongeval kon dus niet bij werkgever KLM in rekening worden gebracht (211). De KLM had bovendien voldaan aan de verplichting haar werknemers te informeren over de risico's die zij liepen in de plaatsen waar zij naar toe vlogen.

De kantonrechter in Utrecht zette de deur open naar het onder art. 7:658 BW brengen van psychische schade. In een tussenvonnissen bepaalde deze dat de psychische schade van een veelvuldig met zelfdodingen geconfronteerde machinist onder het artikel zou kunnen vallen. Het tekortschieten van de NS zou kunnen bestaan uit onvoldoende opvang nadat een dergelijke gebeurtenis (weer) heeft plaatsgevonden (220).



Een van de eerste gepubliceerde uitspraken over art. 7:658 lid 4 BW (aansprakelijkheid werkverschaffer voor arbeidsongevallen van niet-werknemers) betrof het volgende: een onderhoudsbedrijf spreekt met een particulier af aan diens huis timmer- en loodgieterswerkzaamheden te verrichten. Het onderhoudsbedrijf schakelt hiervoor een derde in en laat deze aanvankelijk het loodgieters- maar uiteindelijk al het werk doen; het onderhoudsbedrijf huurt wel een steiger; juist die steiger valt om, met ernstige schade voor de ingehuurde derde van dien. De derde – die met de opdrachtgever geen wezenlijk contact heeft gehad – spreekt met succes het onderhoudsbedrijf aan: uit de wetsgeschiedenis blijkt volgens de kantonrechter dat, wanneer een beroepsuitoefenaar of bedrijf aan een 'branchevreemde' derde een opdracht geeft, hij niet aansprakelijk is voor een door die derde overkomen ongeval; de door het onderhavige onderhoudsbedrijf ingeschakelde derde zou echter een deel van het door hem zelf aangenomen werk uitvoeren: dat valt dan wel onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW.

Er is een aantal uitspraken over RSI gedaan (53, 82, 184, 256), maar deze waren alle erg feitelijk en geven in samenvatting weinig anders aan dan de bekende reeks: 1) eerst moet het tekortschieten van de werkgever in zijn zorgverplichting vaststaan; 2) dan moet het causaal verband tussen dat tekortschieten en de schade worden vastgesteld en 3) dan moet worden vastgesteld dat de scha-

de in het kader van de uitoefening van de werkzaamheden is ontstaan. Opvallend is wel de uitspraak van kantonrechter Arnhem dat het niet-objectiveerbaar karakter van de klachten geen belemmering hoeft te zijn voor aansprakelijkheid (251).

Goed voor een kopje ('een echte man in een schoonheidssalon?'), maar wel zielig was de vertegenwoordiger van schoonheidsapparaten die bij potentiële klanten 80 kilo zware apparaten moest tillen, op een kwade dag zelf (samen met de echtgenoot van de eigenaresse van de schoonheidssalon) van een steile trap viel, waarbij er iets in de vertegenwoordigers rug knapte. Omdat 80 kilo meer is dan de blijkens het EG Besluit Fysieke Belasting toegestane 40 kilo, was de werkgever tekortgeschoten in zijn zorgverplichting (12). Tot slot in het kader van de details: het zich op de eerste dag van het dienstverband bezeren met het middels een vlijmscherp mes doorsnijden van een 'zacht kadetje' getuigt niet van een onvoldoende tekortschieten door de werkgever. Hoe de casus was uitgevallen met harde broodjes of Surinaamse puntjes vermeldt de Hoge Raad niet, maar van belang is dus weer dat art. 7:658 BW géén risicoaansprakelijkheid behelst. Dan zou de werkgever van een zichzelf snijdende werknemer immers altijd aansprakelijk zijn (259).

#### CAO/AVV

Dat een algemeen verbindend verklaarde CAO een 'beetje' nawerking heeft, geldt temeer na de uitspraak van de Hoge Raad van 7 juni 2002 (154). De werknemer in kwestie, in dienst van een ongebonden werkgever, was ziek geworden in een AVV-loos tijdperk. De algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling gaf recht op twee jaar volledige doorbetaling van loon tijdens ziekte. De rechtbank kent de werknemer die aanspraak slechts toe over de periode van algemeenverbindendverklaring, maar de HR laat die, door de algemeenverbindendverklaring 'voor een bepaald tijdvak' ontstane rechten, ook voortduren na afloop van de AVV. Dit arrest gaat daarmee verder dan dat van 28 januari 1994 (JAR 1994/47) omdat daarin sprake was van de situatie dat een werknemer ziek was geworden tijdens een AVV-periode.

‘CAO-bepalingen moeten letterlijk worden uitgelegd en de partijbedoeling doet er niet toe’, zo wordt de Hoge Raad-jurisprudentie soms kort samengevat. Ten onrechte! Vaste jurisprudentie is dat bij een uitleg van CAO-bepalingen de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst, *in beginsel* van doorslaggevend betekenis zijn. De nuance zit in het ‘in beginsel’. Wanneer de partijbedoeling naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-tekst of uit een eventuele toelichting, en dus ook voor niet-partijen kenbaar is, komt ook daaraan betekenis toe. Hoewel in de Horeca-CAO de – tamelijk rechteloze categorie – ‘hulpkrachten’ wordt omschreven als ‘de werknemer die uitsluitend tijdens vakanties van het dagonderwijs en/of op vrijdag vanaf 17.00 uur en/of op zaterdag en/of zondag die werkzaamheden uitvoert die zijn ingedeeld in de functie-groep 1, 2 of 3’ wordt een aantal werknemers dat evident buiten die genoemde tijden heeft gewerkt toch beschouwd als hulpkrachten en niet als vaste parttimers. Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat met hulpkrachten bedoeld werd op scholieren en studenten die in hun vrije tijd iets willen bijverdienen. Het woord ‘uitsluitend’ moet daarom niet letterlijk worden uitgelegd.

Voor de uitleg van een CAO-bepaling (wat valt onder de definitie van ‘werknemer’) mag gekeken worden naar omringende bepalingen: omdat bij erkenning van de door appellant bepleite uitleg (namelijk om onder werknemer te verstaan: ‘iedere ingeleende werknemer’ en niet alleen de ‘collegiale inlening’) een andere CAO-bepaling zinloos zou zijn, wordt voor de andere uitleg gekozen (20).

Minder vrij was de HR in zijn uitleg van de CAO-Ziekenhui(swe)zen. Als gevolg van een privatiseringsoperatie kwamen fysiotherapeuten, die al meer dan 10 jaar voor het ziekenhuis werkten, onder de CAO te vallen. Zij werden ingedeeld als hadden zij 0 functie-jaren. De CAO verplichtte de werkgever wel om, na het van toepassing worden daarvan, jaarlijks een periodiek toe te kennen, maar voor de eerste inschaling stond nergens dat alle voorgaande jaren ook móesten worden meegenomen (153). De Hoge Raad interpreteerde ook een andere CAO-bepaling

nogal letterlijk; daarin stond dat in geval van een verkeerde inschaling, deze zou worden hersteld en dat herstel zou ingaan vanaf het moment van schriftelijke melding. Omdat nergens in de CAO was te lezen dat dit herstel niet ook zag op het door de werknemer geclaimde bijbehorende hogere loon, ontstond ook de loonvordering pas vanaf het moment van schriftelijke melding (249).

#### LOON

Na de verkoop van zijn bedrijf en woning trad de verkoper in dienst van de koper. Een van de afspraken was dat hij voor f 500 per maand in de desbetreffende woning mocht blijven. Veel later claimt de werknemer betaling van salaris conform de CAO. De kantonrechter wijst die vordering af, mede omdat de werkelijke huurwaarde van de woning op EUR 1.114 per maand is getaxeerd, en het verschil met de betaalde huurprijs als loon in natura wordt aangemerkt (255).

Een rechter kan een loonvordering slechts matigen, wanneer toewijzing tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Een lange procedure vormt daartoe onvoldoende grond, zelfs wanneer die lange duur vooral door de werknemer is veroorzaakt. Matiging kan in dat geval alleen dan ‘wanneer de feiten geen andere conclusie toelaten dan dat de werknemer de procedure welbewust en met succes heeft gerekt’. Die vaste jurisprudentie wordt door de Hoge Raad (247) herhaald: het pas na een halfjaar door de werknemer dagvaarden en het niet-vragen van een voorziening zijn onvoldoende om aan het uitzonderingscriterium te voldoen.

Bij het beperken van de verdragingsvergoeding van (thans) art. 7:625 BW heeft de rechter meer vrijheid: dat betreft een billijkheidsoordeel, waarbij de HR oordeelt dat tot de omstandigheden op grond waarvan de rechter bevoegd is de verhoging te matigen, ook behoort de totale omvang (inclusief verhoging) van de toewijsbare vordering. In de desbetreffende zaak had de rechtbank aan werknemer bijna f 80.000 toegewezen, te verhogen met 25% verdragingsvergoeding. In cassatie werd de zaak terugverwezen en het hof kende f 190.000 toe ‘vermeerderd met eenzelfde percentage verdragingsvergoeding’. Bij het hof had de werkgever al eerder

bepleit de verdragingsvergoeding op 0% te stellen. Het hof had op dat verzoek opnieuw moeten ingaan.

Een werkgever mag er niet snel gerechtvaardigd op vertrouwen dat een werknemer het er bij laat zitten, wanneer diens verzoek op een hogere periodieke salarisverhoging is afgewezen. Wanneer de werknemer er anderhalf jaar later toch op terugkomt, impliceert dat nog geen rechtsverwerking. Daarvoor zijn bijzondere omstandigheden vereist en niet enkel tijdsverloop, zo herhaalde de Hoge Raad (167).

De Wet minimumloon en vakantietoeslag kent geen minimumaantal uren meer; de in de wet geregelde aanspraken komen daarom ook toe aan een oproepkracht voor de door deze gewerkte uren, zo besliste de Hoge Raad (136). De WMM kent een minimum maand- en weesalaris; voor een parttimer die een wisselend uren aantal werkt, is het van belang het uren aantal (‘de normale arbeidsduur’ volgens art. 12 WMM) per week te bepalen, om het voor hem geldende minimumuurloon te kunnen uitrekenen. Terecht keek de rechtbank daarbij naar de normale arbeidsduur in overeenkomstige arbeidsverhoudingen; ook wanneer het werk van de parkeerwachter in kwestie maar gedeeltelijk overeenstemt met dat van schoonmakers en beveiligingspersoneel, dan nog kunnen dat overeenkomstige arbeidsverhoudingen zijn (Hoge Raad, 118).

Een terugbetalingsregeling van studiekosten is alleen geldig wanneer sprake is van een glijdende schaal (minder terugbetalen naarmate de studie langer geleden is beëindigd). Ook als een glijdende schaal is afgesproken, kan de terugbetalingsverplichting echter in strijd zijn met goed werkgeverschap (158) of de redelijkheid en billijkheid (30), wanneer de lasten een onevenredige aanslag op het inkomen van de werknemer vormen of wanneer de door werkgever geclaimde kosten onwaarschijnlijk hoog zijn.

#### OVERGANG ONDERNEMING

Volgens het Hof van Justitie (47) kan in de schoonmaaksector een georganiseerd geheel van werknemers dat speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak is belast,

als economische eenheid worden aangemerkt, wanneer er geen andere productiefactoren zijn. Wanneer het schoonmaakwerk wordt overgedragen, gaan de werknemers dus mee, ook wanneer zij vlak voor de overdracht – maar met het oog op die overdracht – al ontslagen waren. Wanneer de werknemer zich tegen de overgang verzet, en de oude werkgever bereid is hem in dienst te houden, dan verzet Richtlijn 98/50 zich daar niet tegen (47). Het komt een werkgever soms goed uit personeel uit een over te dragen afdeling eerst over te plaatsen: KPN kreeg van de CWI te horen dat aldus de bepalingen met betrekking tot de overgang van onderneming werden ondergraven en de verzochte toestemming werd dus geweigerd. Maar de kantonrechter ontbond vervolgens de arbeidsovereenkomst toch: de OR had met de overplaatsingen ingestemd en de desbetreffende werknemer had tegen die overplaatsing ook geen bezwaar gemaakt (268).

#### ZIEKTE

Een werknemer komt drie maanden later dan afgesproken uit Marokko terug met de mededeling dat hij al die tijd ziek was; hij zou daarover een telegram hebben gestuurd, maar de werkgever betwist dat te hebben ontvangen. De werkgever weigert loonbetaling omdat de werknemer onwettig afwezig is geweest. De rechtbank meent dat de werkgever daarmee onvoldoende betwist heeft dat sprake was van arbeidsongeschiktheid, maar dat oordeel wordt door de Hoge Raad gecasseerd: genoemd standpunt van de werkgever kan niet anders dan als een betwisting van de ziekte van de werknemer over de desbetreffende periode worden gezien; de werknemer had dus op basis van art. 7:629a BW een *second opinion* moeten overleggen (294).

Wanneer een werknemer, die ooit een WAO-uitkering ontving maar weer herstelde, binnen vijf jaar nadien met dezelfde ziekteoorzaak uitvalt, geldt op grond van art. 43 WAO een wachttijd van slechts 4 weken. Voor de werknemer in kwestie ontstond daarmee opnieuw aanspraak op maximaal een jaar volledige doorbetaling van loon tijdens ziekte, ook al had deze werknemer drie jaar daarvoor die maximumperiode

van doorbetaling al genoten (242). De administratie van de uitvoeringsinstelling is niet doorslaggevend voor de vraag of sprake is van een langer dan vier weken durende periode van arbeidsgeschiktheid (op grond waarvan een nieuw jaar van doorbetalingsverplichting ex art. 7:629 BW zou zijn ontstaan). Het advies van de arbodienst luidde dat de werknemer vanaf 4 december 2000 weer volledig arbeidsgeschikt was. Tussen de werkgever en werknemer was sprake van een arbeidsconflict, waarover op 11 december 2000 was gesproken. De werknemer meldde op 7 januari 2001 wegens ziekte niet in staat te zijn het werk te hervatten en had dat in de tussentijd ook niet gedaan: dat alles maakt dat geen sprake is van een langer dan vier weken durende periode van arbeidsgeschiktheid (163). Het gedurende vijf weken gedeeltelijk hervatten van werkzaamheden doet ook geen nieuw art. 7:629 BW-jaar ontstaan (49).

In lijn met de Goldsteen/Roeland-jurisprudentie is het vonnis dat de werkgever bij het aanbieden van passend werk tot aanpassing van het salaris mag overgaan, overeenkomstig de loonwaarde die het GAK aan dat aangepaste werk gaf (121).

Een werkgever mag in geval van ziekte meer loon betalen dan de in art. 7:629 BW genoemde 70%. Daarom werd terugvordering van het 'per ongeluk' meer betaalde (namelijk 100% in plaats van 70) in strijd met redelijkheid en billijkheid geacht (172). Dat de 70% van art. 7:629 BW beperkt is tot het maximumdagloon, ondervond een andere werknemer: hij kon niet aannemelijk maken dat het gebruik was bij zijn werkgever het (twee maal hogere) volledige loon door te betalen (8).

De kantonrechter Amersfoort had een primus met een uitspraak over opzettelijk veroorzaakte ziekte: het onder invloed van alcohol veroorzaakte ongeval werd als zodanig bestempeld (34).

Een taxichauffeuse had bij een aanstellingskeuring verzwegen dat zij drie jaar daarvoor psychische problemen had gehad. Maar dat was geen grond voor staking van de loonbetaling op grond van lid 3 van art. 7:629 BW, aangezien die psychische problemen haar niet op zich ongeschikt maakten voor het chauffeurswerk (108).

#### ONTSLAG: PROEFTIJDPERIKELEN

Wie denkt dat de proeftijdregels van ijzer zijn, heeft het mis. Meerdere kantonrechters vonden ze in 2002 van plastic. In sommige

is er in de proeftijd ook  
een stukje ziekteverzuim  
opgenomen?



gevallen werd de proeftijd opgerekt ten voordele van de werkgever, in andere ten voordele van de werknemer. Zo wilde een zieke werknemer zijn ontslag telefonisch niet aanhoren en kreeg het daarna schriftelijk een dag te laat aangezegd, maar het ontslag werd geldig geacht (40). Datzelfde gold voor de werkneemster wier arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd met een opzegtermijn van één week werd opgezegd. Na enige discussie over de vraag of was opgezegd (dan wel bedoeld op te zeggen) tegen het einde van de proeftijd of tegen de dag daaropvolgend, besloten de kantonrechter en de rechtbank dat sprake was van een tijdige en regelmatige opzegging (96). De werknemers in de uitspraken met nummers 64 en 83 hadden meer geluk. In beide gevallen was sprake van een nietige proeftijdbeding. In het eerste, omdat een te lange proeftijd was afgesproken en in het tweede, omdat een tweede proeftijd niet rechtsgeldig was overeengekomen. Toch was de opzegging door beide werknemers rechtsgeldig. In nummer 64 werd de nietige proeftijd (uitgaande van vaste jurisprudentie: ten onrechte) geconverteerd in een geldige, terwijl in nummer 83 geoordeeld werd dat de werkgever, die abusievelijk een tweede proeftijd in het tweede contract had opgenomen, daarvan de gevolgen voor eigen rekening moest nemen. De rechtbank Middelburg had het in nummer 131 wel bij het juiste eind; terecht werd daarin geoordeeld dat een nietige proeftijd niet kan worden geconverteerd in een geldige (zie ook Hoge Raad 8 juli 1987, NJ 1988, 232).

#### LEEFTIJDSONTSLAG

Vier uitspraken gingen over de vraag of een werkgever zich terecht op het standpunt stelde dat aan de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van een bepaalde leeftijd een einde kwam. De Hoge Raad heeft (weer) uitgemaakt dat verplichte pensionering op 65-jarige leeftijd geen leeftijdsdiscriminatie oplevert, ook niet als geen pensioenvoorziening is getroffen (279). De rechtbank Haarlem oordeelde in hoger beroep in gelijke zin als eerder de kantonrechter (JAR 2001/104): vliegers moeten accepteren dat zij op 56-jarige leeftijd gedwongen worden om

te stoppen (290). Ook een scheidsrechter van 70 jaar trok bij het Hof Amsterdam aan het kortste eind (99). Maar de voorzieningenrechter in Amsterdam wees een beroep van de ING Bank op de eigen CAO af. Daarin stond dat de werknemer bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd pensioneerde, tenzij werd afgesproken dat hij langer zou doorwerken. Het uitsluiten van werknemers op 62-jarige leeftijd, omdat hun spankracht in het algemeen afneemt, zonder dat een inhoudelijke toetsing van de concrete invulling van de taak heeft plaatsgevonden, levert volgens de voorzieningenrechter onvoldoende rechtvaardiging op voor een onderscheid naar leeftijd (173).

#### PROCESSUELE ASPECTEN VAN ONTSLAG

##### Verordening 44/2001

Op grond van deze verordening (in werking getreden op 1 maart 2002) moet het arbeidsrechtelijk geschil met een in het buitenland woonachtige werknemer aanhangig worden gemaakt bij de rechter van de woonplaats van de werknemer. De kantonrechter in Eindhoven vond evenwel dat de werknemer die een beroep deed op de onbevoegdheid van de kantonrechter misbruik van bevoegdheid maakte omdat de werknemer zelf een loonvorderingsprocedure in Nederland was begonnen (215). In de zaak met nummers 199 en 291 werd de procedure (wel) in België gevoerd. Het duurde even voordat de Belgische rechter de knoop doorhakke, maar uiteindelijk vond deze het ontslag gerechtvaardigd en een vergoeding op basis van het sociaal plan passend.

##### Herroeping

Op grond van art. 390 Rv kan een beschikking worden herroepen indien sprake is van bedrog of valse of achtergehouden stukken. In nummer 146 herzag de kantonrechter zijn ontbindingsbeschikking inderdaad; de werknemer had in het kader van de onderhandelingen over een pro forma-regeling overeenkomstig het verzoek van de werkgever moeten melden dat sprake was van het opstarten van een eigen onderneming. Door dat niet te doen had de werkgever ten



onrechte een te hoge vergoeding betaald. Maar in nummer 271 werd het beroep op herroeping afgewezen. Partijen waren bij de onderhandelingen uitgegaan van een te lang dienstverband, maar de werkneemster hoefde niet te weten dat haar dienstverband met een andere vennootschap in de groep niet behoefde te worden meegeteld. Er was geen sprake van bedrog, maar van onwetendheid.

##### Nakoming van een beëindigingsregeling

In de nummers 218 en 244 werd in kort geding nakoming gevraagd van een beëindigingsregeling (met het oog op een pro forma-procedure). In het eerste geval bleek dat de werkgever, die zelf had onderhandeld, geen idee had gehad van wat 'de kantonrechterformule' inhield en nogal geschrokken was van de uitkomst. Natuurlijk bleef deze onwetendheid voor zijn rekening. In nummer 244 werd de werknemer aan de regeling gebonden geacht: hij beriep zich op het feit dat zijn gemachtigde ten onrechte namens hem had ingestemd met de regeling, maar trok aan het kortste eind.

## Foutje van de rechtbank

U doet er verstandig aan om in de gaten te houden of de kantonrechter in een pro forma-procedure wel tijdig de beschikking afgeeft. In nummer 77 was het dossier ter griffie zoekgeraakt en de advocaat riep de pas na langere tijd. De kantonrechter heeft toen alsnog een beschikking afgegeven maar de arbeidsovereenkomst (veel) later ontbonden dan de bedoeling was. Een andere kantonrechter herschreef in nummer 11 een ontbindingsbeschikking op verzoek van een werknemer. Hij corrigeerde dat hij niet bedoeld had een vergoeding van f 260.000 toe te kennen, maar f 660.000. De werkgever werd niet gevraagd of deze het eens was met het feit dat sprake was van een kennelijke verschrijving. De werkgever appelleerde met succes: afgezien van het feit dat de werkgever niet gehoord was, was ook niet direct kenbaar dat sprake was van een evidente vergissing omdat de hoogte van de vergoeding niet gemotiveerd was in de beschikking. De herstelbeschikking werd dus vernietigd en de werknemer kon fluiten naar f 400.000.

## ONTBINDINGSPROCEDURES

Het aantal verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de werkgever overtreft verre het aantal door werknemers ingediende rekesten (ongeveer in de verhouding 20:1). Uit de uitspraken valt geen concrete lijn af te leiden. Zo varieerde de C-factor van 0 tot 8 en denken de kantonrechters in den lande soms diametraal anders over dezelfde feiten en rechtsvragen. Zo vond de kantonrechter in nummer 188 dat de werkgever die reorganiseerde, terecht volstond met het aanbod aan boventalligen om te solliciteren naar andere passende functies (dus zonder deze zelf te zoeken en aan te bieden), maar vond de kantonrechter in nummer 285 dat een werkgever herplaatsingsmogelijkheden in het gehele concern (dus ook buiten de eigen onderneming) had moeten onderzoeken. Een aantal kantonrechters besloot tot toepassing van een hogere correctiefactor omdat herstructureringsprocessen onzorgvuldig waren verlopen (139, 212, 228). De werkneemster wier functie kwam te vervallen als gevolg van een reorganisatie kreeg een vergoeding met correctiefactor 4 toege-



past omdat haar ten tijde van indiensttreding nog gouden bergen waren beloofd (180).

Er zijn zeven uitspraken gepubliceerd van werknemers die ontslagen werden, omdat zij vunzige e-mails verspreidden of pornosites in de tijd van de baas bezochten. Alleen in de zaken met nummers 73 en 289 oordeelden de kantonrechters uitdrukkelijk dat sprake was van een dringende reden. In het ene geval, omdat sprake was van een HR-manager die beter had moeten weten en in het andere geval, omdat de werkgever een zorgvuldig en consistent beleid voerde. In drie andere gevallen (28, 55 en 105) ontbond de kantonrechter niet wegens een dringende reden, maar kende geen vergoeding toe. Slechts één werknemer ontsprong de dans (269): in zijn geval werd de ontbinding geweigerd. De man (54 jaar oud en 34 jaar in dienst) surfde 'maar' 20 minuten per dag op het pornonet – hetgeen bij toeval werd ontdekt – en zijn arbeidsprestatie had daaronder niet geleden. De werkgever die geen beleid had geformuleerd zag zich geconfronteerd met toepassing van een correctiefactor van 0,5 (171).

## ENKELE OPVALLENDE

### ONTBINDINGSBESCHIKKINGEN

Lucy de B. (zo neem ik althans aan) is niet alleen in een strafrechtelijke procedure terechtgekomen, maar zag zich ook geconfronteerd met een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrech-

ter heeft bepaald dat door het ziekenhuis aan haar nog een vergoeding zal moeten worden betaald van f 100.000 als zij zou worden vrijgesproken. Ook om die reden is het dus geen wonder dat zij hoger beroep heeft ingesteld van het vonnis in de strafzaak (50). Een buschauffeur van Connexxion reed opzettelijk een wegwerker aan (met uiteindelijk beperkt letsel als gevolg). Maar de kantonrechter weigerde de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat 'aannemelijk was dat het om een eenmalige misstap ging' (194). Minder geluk had een taxichauffeur, die opzettelijk het pand van de Arbodienst was ingereden. Niet alleen werd de arbeidsovereenkomst ontbonden zonder dat nog enige vergoeding behoefde te worden betaald, maar ook werd hij geconfronteerd met het feit dat aangenomen werd dat hij 'opzettelijk' of 'bewust roekeloos' had gehandeld, zodat de door hem veroorzaakte schade verrekend mocht worden met het aan hem nog toekomende salaris (109).

## ONTBINDINGSVERGOEDING

Heeft u te maken met een ontslagzaak waarbij een Nederlandse werknemer naar het buitenland is uitgezonden (of een buitenlandse werknemer in Nederland is tewerkgesteld) en vraagt u zich af welke salariscomponenten zoal betrokken moeten worden bij toepassing van de kantonrechtersformule, lees dan ook de uitspraken met nummers 111, 193 en 285. De uitkomsten daarvan verschillen en als het de kantonrechter te moeilijk wordt, wordt een en ander ook wel vertaald in de C-factor. Zie in dat verband ook de uitspraak met nummer 230 waarbij C uiteindelijk op 5 werd gesteld, omdat de Poolse werkneemster er geen rekening mee had hoeven houden dat haar arbeidsovereenkomst in Nederland al zo snel zou eindigen.

Een aantal kantonrechters (zie met name ook de jurisprudentie van vóór 2002) vindt dat de A-factor uit de kantonrechtersformule niet gevolgd hoeft te worden als de ontbinding wordt gevraagd van een arbeidsovereenkomst met een werknemer van ouder dan 50, die pas na 50-jarige leeftijd in dienst is gekomen. De redenering is dan dat werkgevers niet meer geïnteresseerd zullen zijn in het aannemen van oudere werknemers, als

zij al op voorhand weten dat de te werken jaren dubbel zullen tellen, als op enig moment toch afscheid genomen zou moeten worden (236).

#### **HET LEVEN NA DE ONTBINDINGSPROCEDURE**

In 2002 is een aantal uitspraken geweest over de vraag óf en, zo ja, wát de werknemer nog zou kunnen vorderen als aan de arbeidsovereenkomst een einde is gekomen door ontbinding. In de zaken met nummers 66 en 67 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de werknemer nadien nog een octrooivergoeding kan claimen of een loonvordering kan instellen. De Hoge Raad heeft eerder (onder andere op 2 november 2001, NJ 2001, 667) aangegeven dat in de 7:685 BW-procedure 'het resultaat van de rechtelijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle, onder meeweging van alle relevante factoren, tot uitdrukking behoort te komen in de hoogte van de vergoeding, zodat er daarnaast voor een zodanige toetsing geen plaats meer is'. Maar de Hoge Raad heeft nu aangegeven dat deze vergoeding op grond van 7:685 lid 8 BW niet betreft 'de aanspraken die zijn ontstaan tijdens de arbeidsovereenkomst en betrekking hebben op de periode vóór beëindiging en die geen verband houden met de (wijze van) beëindiging en de gevolgen daarvan'. Deze vorderingen kunnen dus wel degelijk separaat worden ingesteld. Dat is alleen (soms) anders als de desbetreffende vorderingen door de kantonrechter in de ontbindingsprocedure uitdrukkelijk zijn meegenomen. Het is maar zeer de vraag of die laatste situatie zich niet voordeed in de kwestie met nummer 149. De Drankencentrale Waterland ontsloeg haar (niet-statutair) directeur Blakborn op staande voet wegens (vermeende?) belastingfraude. Vervolgens werd een voorwaardelijke ontbindingsprocedure gevoerd, waarin aan Blakborn een (voorwaardelijke) ontbindingsvergoeding werd toegekend. Daarna werd in de loonvorderingsprocedure door de kantonrechter geoordeeld dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig was en werd in hoger beroep tot een andere conclusie gekomen. Dat leverde Blakborn niet alleen een loonvordering op, maar ook wees de rechtbank

het beroep van Blakborn op een contractuele afvloeiingsregeling toe, niettegenstaande het feit dat door de kantonrechter in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure al een (overigens onbekend) vergoedingsbedrag was toegewezen.

#### **DE SWITCH**

De switch (nummer 155) is in 2002 een van de meest opvallende uitspraken in arbeidsrechtland geweest en gaat over het volgende: een werknemer werd op staande voet ontslagen en riep de nietigheid daarvan in. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst 'voorzover rechtens vereist' en kende aan de werknemer géén vergoeding toe. De beschikking werd op dezelfde dag gegeven als een vonnis in een voorlopige voorzieningsprocedure, waarin de vordering tot doorbetaling van loon werd afgewezen. Op de dag van de uitspraken stuurt de gemachtigde van de werknemer aan de advocaat van de werkge-



ver een brief, waarin hij schreef dat de werknemer afstand deed van zijn beroep op nietigheid van het ontslag op staande voet. Vervolgens startte de werknemer een procedure waarin schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk en onregelmatig ontslag werd gevorderd. Anders gezegd: de werknemer legde zich alsnog neer bij het ontslag op staande voet en accepteerde dus de opzegging als zodanig, maar stelde wel dat sprake was van een kennelijk onredelijk en bovendien onregelmatig ontslag. De Hoge Raad oordeelde dat deze switch mogelijk is, omdat al in eerdere jurisprudentie (7 oktober 1994, NJ 1995, 171) is uitgemaakt dat een werknemer op zijn keuze, om een beroep te doen op de nietigheid van het ontslag, kan terugkomen tenzij hij daarvan ondubbelzinnig afstand heeft gedaan. Deze switch is, aldus

de Hoge Raad, ook nog mogelijk als de arbeidsovereenkomst al voorwaardelijk is ontbonden, want de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter heeft geen gezag van gewijsde. Verwacht mag worden dat het gevolg van deze uitspraak is dat de advocaten van werknemers die op staande voet zijn ontslagen en in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure ook geen aantrekkelijk resultaat hebben bereikt, en masse voor de 'switch' zullen kiezen. Dat wil zeggen: het Gerechtshof in Amsterdam moet nu nog gaan uitmaken of het ontslag wel kennelijk onredelijk (en onregelmatig) was en het is dus ook nog maar de vraag of de switch deze betrokkene (en anderen na hem) uiteindelijk geld zal opleveren.

#### **ONTSLAG OP STAANDE VOET**

Was het al niet erg aantrekkelijk om ontslag op staande voet te verlenen vanwege de meerdere procedures waarin de werkgever daarna verzeild kan raken, door de zojuist genoemde switch is een en ander nog riskanter geworden. Ook uit de jurisprudentie in 2002 blijkt weer dat de verwijtbaarheid van de gedraging wel erg groot moet zijn, wil een ontslag op staande voet geldig zijn. Zo is andermaal uitgemaakt dat een ontslag wegens werkweigering riskant is. Als de werknemer zich er naderhand op beroept dat hij zijn werk heeft verzuimd wegens toen bestaande arbeidsongeschiktheid, dan moet die stelling zorgvuldig worden onderzocht, aldus de Hoge Raad (17 en 81). Ook een ontslag wegens het in strijd handelen met ziekteverzuimregels zal niet snel rechtsgeldig zijn. Omdat de werkgever in dat geval ook de mogelijkheid heeft om het loon op te schorten, oordeelde de kantonrechter in Alkmaar dat een ontslag op staande voet een te zware sanctie is op het vergrijp (226).

#### **KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG**

Acht uitspraken gingen over de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk was, dat was gegeven na vereiste toestemming van de CWI nadat de werknemer twee jaar arbeidsongeschikt was geweest. In vijf gevallen werd geoordeeld dat geen sprake was kennelijke onredelijkheid (31, 52, 114, 224 en 283); de betrokken werkgevers hadden cor-

rect gehandeld. De kantonrechter in Zaandam oordeelde in nummer 283 dat de werknemer had moeten aantonen dat er een causaal verband bestond tussen zijn arbeidsongeschikt en het werk. Maar de Hoge Raad heeft al op 25 juni 1999 (NJ 1999, 601) uitgemakt dat niet per se relevant is of de werknemer arbeidsongeschikt is geworden *doordat* hij het werk lang heeft gedaan, maar dat voldoende is dat hij voor het werk ongeschikt is geworden *nadat* hij het lange tijd heeft gedaan. Deze lagere jurisprudentie duidt erop dat een werknemer toch rekening moet houden met een negatieve uitkomst van een kennelijk onredelijke ontslagprocedure (of dat hij tot de Hoge Raad moet doorprocederen). Afgezien van voornoemde vijf gevallen, waarin dus in het geheel geen schadevergoeding werd toegekend, werd in drie andere zaken (59, 72 en 91) een zeer beperkte schadeloosstelling toegewezen.

#### **UITZENDOVEREENKOMST OF ARBEIDSOVEREENKOMST?**

Niet alleen in de kranten, ook in de JAR is de veelbesproken CMG-zaak gepubliceerd (198 en 293). CMG deed een beroep op Bijlage B bij het Ontslagbesluit toen zij afscheid wilde nemen van (vooral) een groot aantal consultants, dat door haar tewerkgesteld werd bij klanten. Op grond van voornoemde bijlage geldt voor de uitzendsector dat het anciënniteitsbeginsel niet wordt toegepast op alle (uitzend)krachten van de (hele) onderneming, maar dat gekeken wordt naar de inleenopdrachten bij de verschillende inleenbedrijven. Anders gezegd: de opdrachtgever die nog steeds werk had voor CMG, zag zich niet geconfronteerd met de situatie dat de kracht die tot dan toe voor hem werkzaam was, op grond van het anciënniteitsbeginsel werd ontslagen en vervangen door een werknemer met een langer dienstverband. In de CMG-zaak stond

de vraag centraal of CMG wel moet worden gekenschetst als een uitzendbedrijf, althans of de relatie tussen CMG en haar consultants wel moet worden gekenschetst als een uitzendovereenkomst op basis waarvan Bijlage B van het Ontslagbesluit zou mogen worden toegepast. Ook over deze materie is al het nodige geschreven en er zijn inmiddels (in 2003) ook al uitspraken gedaan door rechters die anders over de materie denken dan de president en het gerechtshof in Den Haag in de CMG-zaak deden. Naar aanleiding van de CMG-uitspraken is in maart 2003 het Ontslagbesluit zodanig aangepast dat een werkgever als CMG thans Bijlage B niet meer kan toepassen.

*(Zie over de uitspraken en over de aangepaste regeling ook: Y. van Gemerden, in Advocatenblad 2003-5 van 7 maart jl., resp. Advocatenblad 2003-6 van 21 maart jl.)* ●